

מבוא

1. הגדרת הנושא

מטרתו של ההליך השיפוטי כוללת היבט פורמלי והיבט מהותי. במישור הפורמלי מהווה ההליך השיפוטי שיטת הכרעה בשאלות השנויות במחלוקת. בכל חברה ישנם כללי התנהגות מסוימים, שלעתים יש לאוכפם, ובכל חברה מתגלעים לפעמים סכסוכים. במקרים בהם המחלוקת אינה נפתרת בדרך אחרת, קיים אינטרס ברור לקבוע דרך הכרעה בשאלות אלה. ההליך השיפוטי מהווה דרך הכרעה כזאת וכדי שיוכל למלא את תפקידו הפורמלי הוא מגובה באמצעי אכיפה בכוח. אולם, מטרתו של ההליך השיפוטי אינה מתמצה במישור הפורמלי; להליך השיפוטי יש שאיפות גם במישור המהותי, העוסק בטיב ההכרעה. מבחינה מהותית מיועד ההליך השיפוטי להיות שיטת הכרעה צודקת בשאלות שנויות במחלוקת. היבט זה של ההליך השיפוטי הוא ההיבט שמעלה את הסוגייה, העומדת במרכזו של מחקר זה, של הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים.

הצדק אשר אליו שואף ההליך השיפוטי, ואשר ההגנה עליו היא העומדת על הפרק, הוא משני סוגים. הסוג הראשון, והמובהק יותר, הוא צדק תוצאתי-מהותי. בהקשר הנדון פירושו הוא קביעת הדין הראוי ברמה הנורמטיבית, זיהוי האמת העובדתית הנוגעת למחלוקת העומדת על הפרק והחלה מדויקת

של הדין הרלבנטי לגביה. הסוג השני, והמורכב יותר, הוא צדק הליכי, שפירושו בהקשר הנדון הוא ניהול ההליך השיפוטי בדרך הוגנת. לפיכך כונה סוג אחרון זה של צדק בפי Rawls (שהציע את התפישה הבולטת ביותר כיום של צדק הליכי) בשם "צדק כהגינות" ("justice as fairness").¹ שני סוגי הצדק הללו הם נבדלים זה מזה, אך יש ביניהם גם קשר הדוק בכלל ובפרט בענייננו. בצד הצדקות אינטרינזיות לצדק הליכי, יש לו גם הצדקות תוצאתיות חשובות, כאמצעי להשגת צדק מהותי או תוצאתי. בהתאם, בפועל קשה להשיג צדק תוצאתי ללא הקפדה על צדק הליכי (אם כי במציאות צדק הליכי אינו אמצעי מושלם במובן שהוא אינו יכול להבטיח השגת צדק תוצאתי).²

לתפקידו המהותי של ההליך השיפוטי כשיטת הכרעה צודקת, בשני המובנים האמורים, יש השלכה על טיב הכללים (המהותיים והפרוצדורליים) שקובע ההליך השיפוטי לשם הכרעה בין טענות שונות. אם היה תפקידו של ההליך השיפוטי מתמצה במישור הפורמלי, לא היה חשוב להקפיד על תוכנם ועל קיומם של כללים אלה, שהרי במישור הפורמלי חשובה רק עצם ההכרעה ולא טיבה. אולם, בשל הרצון להכריע במחלוקת באופן צודק, להבדיל משרירותי, ישנה חשיבות לקיומם ולתוכנם של כללי ההליך השיפוטי ולפעולה בהתאם להם בלבד. השאיפה לצדק איננה מיוחדת, כמובן, להליך השיפוטי בלבד אלא היא נחלת פעולות רבות של יחידים ושל מוסדות השלטון. ייחודו של ההליך השיפוטי הוא בכך שהוא קובע את ההכרעה הרשמית הסופית בשאלות שנויות במחלוקת. בשל כך יש חשיבות מיוחדת לשמירה על כלליו של ההליך השיפוטי כמוסד הרשמי, המוסמך והמוסכם, להכרעה צודקת בין טענות סותרות. ייחוד זה של ההליך השיפוטי מעלה את השאלה, האם יש לבודד את ההליך השיפוטי מפני פעולות העלולות לעוות את אופיו הייחודי או לפגוע בתדמיתו הציבורית של ההליך כבעל אופי ייחודי כאמור. מחקר זה עוסק באחד ההיבטים של שאלה כללית זאת: ההצדקה להגן על ייחודו של ההליך השיפוטי מפני ביטויים העלולים לפגוע בתקינותו של ההליך או בתדמיתו התקינה בעיני הציבור.

נהוג להשתמש בהקשר זה במונח "טוהר" ההליך השיפוטי. אך, כפי שאסביר בהמשך, המטרה הלגיטימית אינה לבודד את ההליך השיפוטי באופן מוחלט מן המתרחש סביבו אלא למנוע הפרה של הכללים שנועדו להבטיח

הכרעה צודקת. לפיכך, המונח העדיף הוא תקינותו של ההליך השיפוטי ולא "טוהרו". מונח זה נראה עדיף גם על-פני המונח הנפוץ האחר – היותו של ההליך "הוגן" ("fair") – בשל עמימותו ומפני שהוא מרמז על הנחה מוקדמת לפיה רק כללים פרוצדורליים נוגעים לענייננו.

ישנה הסכמה רחבה כי ראוי לאסור על פעולות מסוימות שאינן חלק מן ההליך השיפוטי מהטעם שהן עלולות להשפיע עליו, בעיקר מפני שפעולות אלה נתפשות כפסולות וכיוצרות, לכן, סכנה בלתי מוצדקת לייחודו, ולכן לתקינותו, של ההליך. דוגמא לפעולה כזאת היא שיבוש הליכי משפט באמצעות מעשים כמו מתן שוחד לשופט על מנת שיסטה מכללי השיפוט. ענייננו הוא בשאלה שהיא שנויה יותר במחלוקת: ההצדקה להגבלת ביטויים מהטעם שהם עלולים להשפיע על ההליך וכך לפגוע בתקינותו או בתדמיתו התקינה בעיני הציבור.

ההצדקה לדון בנושא של בידוד ההליך השיפוטי מביטויים חיצוניים בנפרד מפעולות אחרות העשויות להשפיע עליו, או ליצור תדמית של השפעה, נובעת מכך שנושא זה מעורר שאלות שונות באופן מהותי מאלה שמעוררות דרכי השפעה אחרות. עיקר השוני נובע מייחודו של הביטוי בשני מובנים. ראשית, לביטוי יש ייחוד כדרך השפעה פוטנציאלית. שנית, קיים אינטרס מיוחד בחופש ביטוי בנוגע להליך השיפוטי, שהוא חזק יותר מהאינטרסים המקבילים בהענקת חירות לפעולות אחרות העשויות להשפיע על ההליך השיפוטי. כמו כן, היחס בין ביטויים להגנה על תקינותו של ההליך השיפוטי ועל תדמיתו הוא מורכב שכן התבטאויות עשויות אף לתרום לאינטרסים האחרונים. ייחודה של הסוגיה, בכל ההיבטים האמורים, נובע בעיקר מכך שהשאלה העומדת על הפרק היא הגבלה של ביטויים בשל תוכנם (העלול להשפיע על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים).

המחקר יעסוק, אפוא, רק במצבים בהם רלבנטיים שני האינטרסים האמורים: חופש הביטוי הנוגע להליך השיפוטי, מצד אחד, ותקינות ההליך השיפוטי, כלומר, ניהולו בהתאם לכללים הייחודיים לו, או תדמיתו כמנוהלת, מצד שני. לא אדון במצבים שלגביהם רלבנטי רק אינטרס אחד. למשל, האינטרס של חופש הביטוי אינו רלבנטי לשיבוש הליכי משפט באמצעות מעשים כמו השמדת ראיות ואף הצעת תשלום עבור ביצוע פעולה אסורה

(העשויה להוות שוחד כאשר היא מופנית לעובד ציבור) או איומים בפגיעה פיזית.³ כך גם לא ארון בהגבלת ביטויים מטעמים שאינם נוגעים לאינטרסים של תקינות ההליך השיפוטי ותדמיתו, כמו, למשל, הגנה על פרטיותם של אנשים.

הגדרה מדויקת יותר של הנושא מחייבת לעמוד על גבולותיהם של האינטרסים שהזכרתי. בנוגע לאינטרס של תקינות ההליך ותדמיתו, עולות שתי שאלות. הראשונה נוגעת לגבולותיו של רציונל ההגנה על ההליך השיפוטי. למשל, האם יש להגן גם על ההחלטה לנקוט בהליך שיפוטי. השנייה נוגעת לייחודו של ההליך השיפוטי. כלומר, יש לבחון האם ישנם הליכים אחרים בעלי ייחוד דומה. בנוגע לאינטרס הנגדי, של חופש הביטוי הנוגע להליך השיפוטי, עולה השאלה הידועה והמורכבת של הגדרת הביטוי וגבולותיו. כך, למשל, עשויה לעלות בהקשר הנדון השאלה האם הפגנה מהווה מעשה או ביטוי? התשובות לשאלות אלה נגזרות מן התשובה לשאלה הבסיסית יותר בדבר ההצדקה להכיר באינטרס הנוגע לעניין. התשובות לשאלות בנוגע להיקף האינטרס של תקינותו ותדמיתו של ההליך השיפוטי נגזרות מזיהוי ייחודו של ההליך, כשם שהתשובות לשאלות בנוגע להגדרת הביטוי נגזרות מן העמידה על האינטרס בחופש הביטוי הנוגע להליך הרלבנטי. שאלות אלה כוללות היבטים אשר אינם נוגעים לשאלה של הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותו ותדמיתו של ההליך השיפוטי, ולכן לא אעסוק בהן באופן מלא. המחקר יתמקד בגרעין הקשה של האינטרסים העומדים על הפרק: בהליך השיפוטי, שהוא ההליך המובהק ביותר שקיים לגביו המאפיין האמור של דרך הכרעה מיוחדת בשאלות שנויות במחלוקת, ובביטויים הכלולים בגרעין הקשה של האינטרס בחופש הביטוי הנוגע להליכים מסוג זה. בנוסף לכך אתייחס למספר נושאים הנוגעים לגבולות האינטרס של תקינות ההליך ותדמיתו בשל הקשר ההדוק בינם ובין הגרעין הקשה של הסוגייה. לעומת זאת, לא ארון בשאלה של גבולות האינטרס בחופש הביטוי מפני שמדובר בשאלה כללית ועצמאית יותר. בשל כך, לא אבחן לעומק את שאלת ההשפעה של איומים על משתתפים בהליך הדורשים מהם לפעול בניגוד לכלליו אחרת תבוצע נגדם פעולה בלתי חוקית, למרות שקביעת גבולות האיום הפסול עשויה להיות רלבנטית גם בהקשר הנדון.

2. ניתוח הסוגייה – שיטת הדיון

הכרעה בסוגיית הגבלת חופש הביטוי הנוגע להליכים שיפוטיים לשם הגנה על תקינות ההליך השיפוטי או על תדמיתו כתקין מחייבת התמודדות עם מספר שאלות, נורמטיביות ואמפיריות. השאלה הכללית במישור הנורמטיבי היא האם יש הצדקה להגביל את חופש הביטוי מהטעמים האמורים של תקינות ההליך השיפוטי או תדמיתו, ואם כן – איזו סכנה לאינטרסים אלה מצדיקה הטלת מגבלה על ביטויים המסכנים אינטרסים אלה. השאלה העיקרית המיוחדת לסוגייה זאת במישור העובדתי היא האם ישנם ביטויים העלולים אכן לייצור סכנה כזאת להשפעה על תקינותו או תדמיתו של הליך שיפוטי. המחקר העלה כי התשובה לשאלות האמורות אינה יכולה להיות כללית וגורפת. ההצדקה להענקת חופש ביטוי או, מנקודת המבט ההפוכה, ההצדקה להטלת מגבלות על ביטוי, צריכה להיבחן תוך התמקדות בסוג הביטוי העומד על הפרק ובסוג ההליך אשר על תקינותו או תדמיתו שואפים להגן. שני המשתנים הללו הם בעלי חשיבות רבה במסגרת ההיבטים השונים שיש לבחון כדי לענות על השאלות האמורות. כפי שנראה בהמשך, קובעי הדין בישראל ובמדינות אחרות לא התמודדו כראוי עם ההיבטים הרלבנטיים ולכן חשוב להציגם באופן מסודר.

ההיבט הראשון שיש לתת עליו את הדעת הוא טיבה של סכנת ההשפעה שיוצר הביטוי על האינטרסים של תקינות ההליך ותדמיתו. בהקשר זה יש להבחין בין השפעה לגיטימית לפסולה. כפי שאסביר בהמשך, לא כל השפעה על הליך שיפוטי או על אמון הציבור בהליך היא פסולה. ביטוי עשוי להשפיע על הליך שיפוטי ועל תדמיתו השפעה לגיטימית ואף רצויה. יש, אפוא, מקום להגביל רק את הביטויים היוצרים סכנה של השפעה פסולה על האינטרסים הללו.

ההיבט השני הוא חומרתה של סכנת ההשפעה על תקינות ההליך ותדמיתו. במישור זה יש לבחון שני מדדים. הראשון הוא סוג הסכנה. יש הבדל משמעותי, למשל, בין סכנה של השפעה המוליכה להרשעה בלתי מוצדקת של אדם חף מפשע בעבירה פלילית חמורה ובין סכנה של השפעה המוליכה לטעות קלה בגובה הפיצויים הנפסק בהליך נזיקי קטן היקף בין

חברות מסחריות גדולות.

ההיבט השלישי והאחרון הוא ערכו או חשיבותו של הביטוי היוצר את הסכנה לתקינות ההליך השיפוטי או לתדמיתו. בניגוד לשני ההיבטים הקודמים, היבט זה אינו נוגע למטרת המגבלה אלא למחירה במונחים של הטעמים המיוחדים לחופש הביטוי.

כאמור, בחינה של כל ההיבטים האמורים צריכה להיעשות תוך התחשבות בסוג הביטוי העומד על הפרק ובסוג ההליך אשר על תקינותו או תדמיתו שואפים להגן. בחינת סוג הביטוי ולבנטית הן להיבט האחרון העוסק בהערכת האינטרס בהענקת חופש לביטוי זה והן לשני ההיבטים הקודמים העוסקים בהערכת האינטרס בהגבלת חופש הביטוי לשם הגנה על תקינות ההליך השיפוטי או על תדמיתו. בנוגע לאינטרס בחופש הביטוי, הרי שאין אפשרות להסיק מסקנות ביחס להצדקה להענקת חופש לסוג מסוים של ביטוי ישירות מחשיבותו הכללית של חופש הביטוי בהשוואה לאינטרסים אחרים, מפני שיש מגוון רב של סוגי ביטויים ושל אינטרסים העומדים מול חופש הביטוי וערכם משתנה בהתאם לסוג הביטוי ולטיב האינטרס. בשל כך, דומה שהמסקנה הכללית היחידה שניתן להסיק מדיון כללי בחופש הביטוי ובהגבלתו אינה חורגת מהמסקנה הצנועה, אם כי החשובה, לפיה יש מקום לקבוע נקודת מוצא של חירות אשר יש להצדיק סטייה ממנה (כלומר, הגבלת החירות). אמנם, ישנם טיעונים חשובים בנוגע לחשיבותו המיוחדת של חופש הביטוי באופן כללי בהשוואה לחירויות אחרות. אולם, טיעונים אלה חלים באופן שונה ובמידה שונה ביחס לסוגים שונים של ביטויים. לכן, חשיבותו של חופש הביטוי תלויה בסופו של דבר במידה רבה בסוג הביטוי העומד על הפרק. מצד שני, גם חשיבותו של האינטרס הנגדי, בהגבלת ביטויים לשם הגנה על אינטרסים אחרים, תלויה בסוג הביטוי ששאלת הגבלתו נבחנת, מפני שטיבה וחומרתה של הסכנה שיוצר ביטוי לאינטרסים האמורים עשויים להשתנות מביטוי אחד למשנהו.

דברים אלה תקפים במיוחד ביחס לחופש הביטוי הנוגע להליך השיפוטי ולהגבלתו מטעמים של תקינות ההליך השיפוטי או תדמיתו. הסיבה לכך היא, שכפי שנראה בהמשך, ישנן סוגים רבים ושונים מאוד של ביטויים הנוגעים להליך השיפוטי וההצדקה להגבילם כדי להגן על תקינות ההליך משתנה

באופן משמעותי בהתאם לסוג הביטוי, לאור ערכו ולאור הפגיעה שהוא גורם, או עלול לגרום, לתקינות ההליך או לתדמיתו כתיקין.

בחינת המשתנה השני של סוג ההליך אשר עליו שואפים להגן דרושה בעיקר מפני שישנם הבדלים בין הליכים שונים מבחינת טיב האינטרס הקיים בהגנה על תקינות ההליך או על תדמיתו.

לסיכום, כדי להכריע בדבר ההצדקה להגבלת ביטויים הנוגעים להליך שיפוטי מטעמים של הגנה על תקינותו ותדמיתו, יש להתייחס להיבטים הכלליים של טיב וחומרת הסכנה לאינטרסים של תקינות ההליך השיפוטי ותדמיתו, ומנגד, לערכו של הביטוי היוצר את הסכנה האמורה, תוך התחשבות בשני המשתנים האמורים של סוג הביטוי וסוג ההליך.

שיטת הדיון בסוגייה נגזרת מהשיקולים הרלבנטיים האמורים. במישור הכללי יש לדון במספר נושאים כלליים המשותפים לסוגייה כולה ובעיקר בטיבם ובהיקפם של האינטרסים העומדים על הפרק. במישור זה יש לקבוע את העקרונות הכלליים שראוי שינחו את עיצוב ההסדר בנושא. לאחר מכן, יש לנתח את ההצדקה להגנה על תקינותו או תדמיתו של כל סוג של הליך ואת ההצדקה להגבלה של כל סוג של ביטוי לשם כך, תוך הבחנה בין סוגים שונים של הליכים וביטויים לאור ייחודם מבחינת האינטרסים האמורים. סיווג ההליכים ייערך בעיקר לאור הסכנה הנוצרת לתקינותם או לתדמיתם מביטויים שונים ולאור האינטרס שבמניעתה, בעוד שסיווג הביטויים ייערך בהתאם למדרים המשפיעים על ערכם ובהתחשב בפגיעה שהם גורמים לאינטרס של תקינות ההליך או תדמיתו כתיקין. כפי שנראה, ישנם הבדלים גדולים מאוד בין סוגים שונים של ביטויים מבחינות אלה בהתאם למספר מדרים.

ישנן שתי אפשרויות להציג את המדרים הרלבנטיים במסגרת הדיון בנושא. האפשרות הראשונה היא להבחין בין המשתנים בהתאם לאינטרסים המעורבים, כלומר, לבחון את המשתנים בהתאם למידת השפעתם על הסכנה הצפויה מהביטוי לתקינות ההליך השיפוטי ולתדמיתו ובהתאם להשפעתם על חשיבות הביטוי הנוגע להליך השיפוטי. האפשרות השנייה היא לנתח את המשתנים בהתאם לנושא, כלומר, להבחין בין כאלה העוסקים בטיב ההליך לאחרים העוסקים בטיב הביטוי. ההבדל בין שתי השיטות נובע מכך, שלמשל,

משתנה העוסק בהליך, כמו משך ההליך, נוגע – מבחינת השפעתו על האינטרסים המעורבים – לא לאינטרס של תקינות ההליך אלא לאינטרס הנגדי של חופש הביטוי, שכן ככל שההליך הוא ארוך יותר כך הגבלת הביטוי בעת ניהולו תוליך לפגיעה קשה יותר בחופש הביטוי. בחרתי להבחין בין המרדים הרלבנטיים בדרך השניה, כלומר, בהתאם לסוג הנושא בו הם עוסקים, מפני שבדרך זו מרוכזים כל השיקולים הנוגעים לסוג הביטוי הנדון בכל הקשר ולכן נוח יותר להציג את המסקנות העולות מהדיון.

ההערה האחרונה מבחינת שיטת הדיון נוגעת לעריכת השוואה בין שיטות משפט שונות בהקשר הנדון. טיב הנושא מזמין בחינה משווה משתי סיבות. ראשית, הבסיס להגנה על כללי ההכרעה השיפוטיים – כלומר, השאיפה להכרעה צודקת – משותף לכל שיטות המשפט ולכן מתבקש לבחון לאילו מסקנות הגיעו בשיטות משפט אחרות בנוגע להסדרת הסוגייה. ושנית, קיימת נטייה חזקה לבחינה כזאת בשל הקושי הרב לענות בביטחון על השאלה האמפירית של מידת ההשפעה של ביטויים על הליכים שיפוטיים שמהווה שאלת מפתח בדרך להסדר הסוגייה. יחד עם זאת, יש להיזהר מהסקת מסקנות נחפזות מדי מטיב ההגנה הקיימת על תקינות ההליך השיפוטי ותדמיתו מפני ביטויים במדינות אחרות, לאור ההבדלים הקיימים בין שיטות משפט שונות בנתונים שיש להם חשיבות בסוגייה. כך, למשל, יש הבדלים בעלי חשיבות בכל הנוגע למשתנה המשמעותי של סוג השופטים המכהנים במדינות שונות מבחינת הכשרתם, מעמדם, ניסיונם וכדומה.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: אפתח בהצגת השיקולים הכלליים הנוגעים לטיבם ולהיקפם של האינטרסים הרלבנטיים: תקינות ההליך ותדמיתו, מצד אחד, וחופש הביטוי, מצד שני. לאור שיקולים אלה אצביע על העקרונות הכלליים בנוגע למידת הסכנה לתקינות ההליך השיפוטי, או לתדמיתו כתקין, אשר עשויה להצדיק הגבלת ביטויים בהתחשב בערכם. בפרק השני אעמוד, עדיין במישור הכללי, על היבטים שונים הקשורים בשימוש במשפט לשם הגנה על האינטרסים של תקינות ההליך השיפוטי ותדמיתו מפני ביטויים העלולים להשפיע עליהם. כפי שנראה, בשיטות משפט שונות נעשה שימוש בסוגים שונים של אמצעים משפטיים, בעיקר איסורים פליליים (כמו איסור הסוב-יודיצה בישראל) ואמצעים מנהליים שונים, לשם הגנה על אינטרסים

אלה. לאחר מכן אעבור ליישומן של המסקנות הכלליות. אפתח, בפרק השלישי, בבחינת סוגי ההליכים השיפוטיים אשר כוללים כללי הכרעה ייחודיים, ולכן יש מקום לשקול את האפשרות של הגנה עליהם מפני השפעה חיצונית. בין סוגי ההליכים השונים יש הבדלים ממספר בחינות, בעיקר טיב הנושא העומד על הפרק (הליך חוקתי, מנהלי, פלילי או פרטי), שלב הדיון (דיון ראשוני לעומת ערעור) זהות השופטים (שופטים מקצועיים, הדיוטות או מושבעים), משך ההליך ועוד. כפי שנראה, עיקר הדיון בנושא של השפעה על הליכים שיפוטיים מתרכז, בכל שיטות המשפט, במשפט הפלילי, וזאת ממספר סיבות, שבראשן החשיבות הגדולה במיוחד שלו לגורלו של הפרט, אשר מוליכה להקפדה רבה יותר על כללי הדיון וההכרעה במסגרתו. בפרק הרביעי אעבור לדון, לאור הפרקים הקודמים, בשאלה העיקרית של סוגי הביטויים שראוי להגביל בכל הקשר. ולבסוף, בפרק האחרון, אעצב, לאור המסקנות של הדיון בפרקים הקודמים, את תוכנה של המגבלה הרצויה ואבחן איזה לבוש משפטי ראוי להעניק לה, אם בכלל.

3. הדין המצוי

■ האיסורים הקיימים

בישראל חלים כיום שני איסורים פליליים מרכזיים העוסקים במפורש בהשפעה פסולה על הליכים שיפוטיים, אשר העונש הקבוע בגין שניהם הוא זהה – עונש מקסימלי של שנת מאסר אחת. האיסור הראשון, הידוע כאיסור ה"סוב-יודיצה" קבוע בחוק בתי המשפט:

לא יפרסם אדם דבר על עניין תלוי ועומד בבית משפט, אם יש

בפרסום כדי להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו.⁴

מטרתו של איסור זה היא, אפוא, להגן על הצדק אשר אליו חותרת ההכרעה השיפוטית בשני המובנים שהזכרתי: המובן המהותי-תוצאתי והמובן ההליכי-פרוצדוראלי.

התקופה בה חל האיסור, כלומר, התקופה בה נחשב הליך משפטי כתלוי

ועומד, מוגדרת רק ביחס להליך פלילי, באופן רחב ביותר:

משעה שהוגשה לבית המשפט באותו עניין בקשה למתן צו מעצר או משעה שהוגש לו כתב אישום, לפי המוקדם, עד שהחליט התובע שלא להגיש כתב אישום, ואם הוגש כתב אישום – עד סיום ההליכים.⁵

לאיסור זה ישנו סייג לפיו:

איסור הפרסום אינו חל על פרסום ידיעה בתום לב על דבר שנאמר או שאירע בישיבה פומבית של בית המשפט.⁶

ההנחה העומדת בבסיס האיסור היא, אפוא, שגם פרסום ידיעה בתום לב על המתרחש בהליך שיפוטי עלול להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו. הנחה זאת מכוונת, כנראה, בעיקר להשפעה על עדים פוטנציאליים או על תדמית ההליך בעיני אנשים שלא נכחו בהליך, ולא על השופט, שמודע למה שנאמר או התרחש (ולמה שלא נאמר או התרחש) במסגרת ההליך.

לאור הסייג האמור לאיסור הסוב-יודיצה, יש לתת את הדעת לאיסור אחר, העוסק בדיווח על הליך שיפוטי:

המפרסם שלא בתום לב, בכל דרך של פרסום, דין וחשבון לא מדויק על דיון בבית משפט...⁷

היחס בין איסור זה ובין איסור הסוב-יודיצה, או, ליתר דיוק, חלקו של איסור הסוב-יודיצה העוסק בפרסום של דיווח שאינו בתום לב על הליך שיפוטי פומבי, אינו ברור. יחס זה מעלה שאלה מקדמית בנוגע לתכליתו של האיסור הראשון. בניגוד לאיסור הסוב-יודיצה – שהגדרתו מצביעה בבירור על מטרתו (מניעת השפעה על הליכים שיפוטיים) – מטרתו של האיסור על דיווח לא מדויק בחוסר תום לב אינה עולה באופן חד-משמעי מנוסחו. בניגוד לאיסור הסוב-יודיצה, האיסור בחוק העונשין אינו דורש כאחד מיסודותיו שהפרסום ייצור סכנה של השפעה על ההליך. לעומת זאת, האיסור בחוק העונשין מציב דרישה שאינה קיימת באיסור הסוב-יודיצה, כלומר, שהדיווח יהיה בלתי מדויק. רמז נוסף לכך שיש הבדל מהותי בין האיסורים עולה מההבדל בעונש הקובע בגין הפרתם: העונש הקבוע בצד איסור הסוב-יודיצה הוא חמור יותר (פי שניים) מזה הקבוע בצד האיסור בחוק העונשין.⁸ השאלה היא האם יש מקום לייחס חשיבות להבדלים אלה, או שיש לראותם כתוצר

של חקיקה בלתי מסודרת (איסור הסוב-יודיצה נקבע על-ידי הכנסת הישראלית וזכה לתשומת לב מצדה במהלך השנים שהתבטאה בתיקונים שונים, בעוד שהאיסור בחוק העונשין עוצב על-ידי המחוקק המנדטורי ולא שונה על-ידי הכנסת). האפשרות האחרונה עשויה להוליך למסקנה כי תכליתם של שני האיסורים היא זהה, כלומר, מניעת השפעה על ההליך השיפוטי או על תדמיתו, למרות, שכאמור, דרישה זאת מופיעה במפורש רק באיסור הסוב-יודיצה. פרשנות זאת עשויה להיות מבוססת על ההנחה (שכאמור עומדת בבסיס הסייג לאיסור הסוב-יודיצה בחוק בתי המשפט) לפיה גם דיווח על המתרחש בהליך שיפוטי עלול להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו. ייתכן שהסיבה להשמטת הדרישה המפורשת לקיומה של סכנת השפעה באיסור שבחוק העונשין היתה אף הנחה מצומצמת יותר, לפיה כאשר מדובר בדיווח שאינו מדויק – כפי שדורש האיסור בחוק העונשין, אך לא איסור הסוב-יודיצה – קיימת תמיד סכנה של השפעה על ההליך, או לפחות על תדמיתו בעיני הציבור. במילים אחרות, ייתכן שתפקידם של המרכיבים המיוחדים לכל איסור – סכנת ההשפעה באיסור הסוב-יודיצה והדרישה שהאיסור יהיה בלתי מדויק באיסור בחוק העונשין – הוא דומה, כך ששני ההבדלים בין האיסורים מקוּזוּים זה את זה. ההשערה שמטרת האיסור היא אכן הגנה על ההליך השיפוטי, או לפחות על תדמיתו בעיני הציבור, מבוססת לא רק על פרשנות עקבית של חוק בתי המשפט וחוק העונשין, אלא גם על מיקומו של האיסור בחוק העונשין תחת הכותרת של "שיבוש עשיית משפט." הקושי בפרשנות הזאת, המזהה את תכליתם של שני האיסורים ואף את רכיביהם, הוא שהיא אינה מיישבת את ההבדל בחומרת העונש הקבוע בגין הפרת האיסורים. יתר על כן, דווקא העונש בגין הפרת האיסור בחוק העונשין, הדורש במפורש שהדיווח יהיה גם בלתי מדויק, הוא הקל יותר. ייתכן שלשם יישובו של הקושי האמור ראוי לפרש את תכליתם של האיסורים באופן שונה במקצת, כלומר, לראות את איסור הדיווח בחוסר תום לב שבחוק בתי המשפט כמיועד למנוע השפעה על משתתפים בהליך שלא נכחו בישיבה המדווחת (בעיקר עדים), ולעומת זאת את איסור הדיווח הבלתי מדויק בחוסר תום לב שבחוק העונשין כמכוון להגן על תדמית ההליך בעיני הציבור. אולם, אין כל אינדיקציה אחרת לכך שאלה היו אכן מטרות

האיסורים וספק אם יש מקום אף להבחנה כזאת בין איסורים כה דומים ביסודותיהם.

במקביל לאיסור הסוב-יודיצה קבוע בחוק העונשין איסור שני העוסק גם הוא במפורש במניעת השפעה פסולה על הליך שיפוטי כדלקמן:

המבקש להשפיע שלא כהוגן על תוצאותיו של הליך שיפוטי, בדברי

שידול או בקשה הנשלחים אל שופט או אל פקיד בית המשפט.¹⁰

היקפו של איסור זה שונה מזה של איסור הסוב-יודיצה במספר היבטים, אשר ברובם הוא צר יותר בהשוואה לאיסור האחרון, למרות, שכאמור, העונש הקבוע בגין הפרת שני האיסורים הוא זהה. ההיבט הראשון בו יש הבדל בין שני האיסורים נוגע לדרך ההפצה ולקולטי הביטוי: איסור הסוב-יודיצה דורש פרסום של הביטוי, בעוד שהאיסור בחוק העונשין מוגבל לפנייה אל שופט או אל פקיד בית משפט. ההבדל השני הוא בתוכן הביטוי הנכלל בכל איסור: האיסור בחוק העונשין מוגבל לדברי בקשה או שידול, בעוד שאיסור הסוב-יודיצה מקיף כל פרסום, ללא הגבלה על תוכנו. ההבדל השלישי הוא שהאיסור בחוק העונשין מיועד למנוע השפעה על תוצאות ההליך בלבד, בעוד שאיסור הסוב-יודיצה מקיף גם השפעה על מהלך הדיון. הבדל חשוב נוסף הוא שהאיסור בחוק העונשין, בניגוד לאיסור הסוב-יודיצה, מבחין בין השפעה לגיטימית לפסולה בכך שהוא מוגבל להשפעה "שלא כהוגן". ולבסוף, האיסור בחוק העונשין הוא מחמיר יותר מבחינת היסוד הנפשי הנדרש בו, המחייב מטרה של השפעה פסולה, שאינה נדרשת באיסור הסוב-יודיצה. איסור הסוב-יודיצה הוא, לכן, רחב יותר מהאיסור שבחוק העונשין בארבעה היבטים, וצר, או מחמיר, ממנו בהיבט אחד (דרישת הפרסום).

מעבר להבדלים בין יסודות האיסורים האמורים, יש ביניהם הבדל גם מבחינת היקף תחולתם על סוגי ההליכים השיפויים. האיסורים בחוק העונשין חלים ביחס לכל הליך שיפוטי. לעומת זאת, איסור הסוב-יודיצה חל ישירות רק על מערכת בתי המשפט הכלליים (בית משפט השלום, המחוזי והעליון).¹¹ אולם, תחולתו של איסור הסוב-יודיצה הורחבה בחקיקה: הוא הוחל גם על בתי הדין לעבודה¹² ועל ועדות חקירה ממלכתיות¹³ ונקבע בנוסח זהה ביחס לבתי הדין הצבאיים הדנים בשיפוט פלילי (לרבות משמעתי) של חיילים.¹⁴ הוא אינו חל, לכן, על בתי הדין הדתיים,¹⁵ ועל בתי המשפט

הצבאיים הפועלים מכוח תקנות ההגנה.¹⁶ בעבר, לפני החלת איסור הסוב-
 יודיצה על בתי הדין לעבודה, הועלתה האפשרות של פרשנות רחבה של
 האיסור כך שיחול גם על בתי משפט שאינם מנויים בו. מבחינה פורמלית
 הסתמכה הצעה זו על ההגדרה הרחבה של המונח "בית משפט" בחוקים
 אחרים¹⁷ ומבחינה עניינית-תכליתית על כך שסכנת ההשפעה קיימת במיוחד
 לגבי שופטים לא מקצועיים המכהנים דווקא בבתי המשפט שהחוק אינו חל
 ישירות עליהם.¹⁸ פרשנות מרחיבה כזאת, החורגת מלשון החוק, היא בעייתית
 ביחס לאיסור פלילי, למרות ההגיון שבה.¹⁹ מבחינה פורמלית התערער הבסיס
 לפרשנות כזאת בעקבות החלת האיסור על בתי הדין לעבודה ועל בתי הדין
 הצבאיים בחקיקה מפורשת, שמלמדת כי בלעדיה ראתה הכנסת את איסור
 הסוב-יודיצה כמוגבל לבתי המשפט הכלליים (ולבתי המשפט שהוחל עליהם
 בחקיקה מפורשת).²⁰

בנוסף לשני האיסורים הכלליים האמורים, קיימת עבירה פלילית מיוחדת
 ביחס לוועדות חקירה ממלכתיות בלבד, שגם היא מגובה בעונש מקסימלי של
 שנת מאסר אחת:

המשפיע או המנסה להשפיע שלא כדין על ועדת חקירה או על חבר
 מחבריה בכל הקשור לעבודת הוועדה.²¹
 לאיסור זה קבוע סייג לפיו:

מסירת מידע לוועדת חקירה או לחבר מחבריה או הפניית תשומת לבם
 לעניין הקשור בעבודת הוועדה אינה עבירה לפי סעיף זה.²²

איסור זה משלב רכיבים של שני האיסורים הקודמים ורכיבים עצמאיים:
 הוא אוסר על כל דרך של השפעה ואינו מוגבל לפרסום (בדומה לאיסור בחוק
 העונשין) ואף לא לביטוי; הוא מקיף את כל עבודתה של הוועדה ואינו מוגבל
 למסקנותיה (בדומה לאיסור הסוב-יודיצה); והוא מבחין בין השפעה
 לגיטימית לפסולה באמצעות הרכיב המגביל את האיסור להשפעה "שלא
 כדין" (בדומה לאיסור בחוק העונשין). ואף מציין במפורש סוג אחד של
 השפעה לגיטימית בסייג של מסירת מידע או הפניית תשומת לבם של חבריה
 לעניין מסוים.

המסקנה העולה מסקירת האיסורים הקיימים בחקיקה הישראלית על
 השפעה פסולה על הליך שיפוטי היא, אפוא, שהאיסור הכללי והמרחיב

ביותר מביניהם הוא איסור הסוב-יודיצה. איסור הסוב-יודיצה הוא גם האיסור היחיד בדין הישראלי המסדיר את הסוגייה של הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם או תדמיתם של הליכים שיפוטיים (או מעין שיפוטיים). האיסורים האחרים בנושא זה הקבועים בחוק העונשין (ובחוק ועדות חקירה) עוסקים בתחום מוגבל בלבד של הסוגייה ונכללים בעיקרם באיסור זה. מסיבה זאת, כאשר אבחן בהמשך הדיון את הדין הישראלי, אתמקד בעיקר באיסור הסוב-יודיצה. עם זאת, אתייחס גם לאיסורים האחרים, ובשל הדמיון ביסודות הרלבנטיים של כל האיסורים, יהיה אף הדיון הספציפי ביסודותיו של איסור הסוב-יודיצה תקף בעיקרו גם לגביהם. מכל מקום, רובו המכריע של הדיון יהיה כללי, ולכן תקף ביחס לכל איסור מהסוג הנדון, לרבות שאר האיסורים הקבועים בדין הישראלי. לפני שאפנה לדיון כללי זה, אשלים את הצגת הדין הישראלי, מההיבט של דרך אכיפתו למעשה, ואעמוד על פגמיו כפי שהם מתבטאים ברכיבי האיסורים הקיימים ובאכיפתם.

■ מדיניות האכיפה של איסור הסוב-יודיצה בישראל

היועצים המשפטיים לממשלה בישראל, בתפקידם כראשי התביעה הכללית, נהגו לאורך השנים במדיניות של אי-אכיפת איסור הסוב-יודיצה, עד שהפך למעשה כמעט ל"אות מתה".²³ ²⁴ אולם, מדיניות זו, למרות שהייתה משותפת בבסיסה לכל היועצים המשפטיים שביהנו החל ממועד קביעת האיסור, לא הייתה עקבית וחסרת חריגים. במהלך למעלה מ-40 שנות קיומו של האיסור הוגשו כתבי אישום בגין הפרתו בשלושה עניינים בלבד. שניים מהם היו ביוזמת התביעה ואחד בהוראת בית המשפט העליון שפסל את החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום. בהליכים אלה, שרובם נסתיימו בהרשעות, נקבעו ההלכות המנחות בנוגע ליסודותיו של האיסור.

אכיפה של האיסור בשני מקרים בלבד במשך למעלה מ-40 שנות קיומו של האיסור מצביעה, כמובן, על מדיניות אכיפה סלקטיבית מאוד של התביעה, שהרי אין חולק על כך שהיו מקרים רבים נוספים של הפרת האיסור. לכן, מתבקש לבחון האם יש ייחוד למקרים אלה, אשר מצדיק את ההחלטה לנקוט בגישה שונה ביחס אליהם.

אולם, לפני שנפנה לפסקי-דין אלה, ראוי להזכיר את פסק-הדין הראשון בנוגע לסוגייה, אשר עסק בסמכות המקבילה שהייתה קבועה בפקודת ביזיון בית המשפט לפני חקיקת האיסור הנוכחי. סמכות זאת הייתה דומה במהותה לאיסור הנוכחי ובוטלה עם חקיקתו. הסמכות בפקודת ביזיון בית המשפט העניקה לבית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, כוח להעניש אנשים בגין פרסום הנוגע להליך שיפוטי תלוי ועומד שהיה עלול להשפיע על מהלכו או על תוצאותיו.²⁵ בפסק-דין הראשון בו נדונה סמכות זאת, הוגשה לבית המשפט העליון בקשה להפעילה ולהעניש מספר עיתונים ועורכיהם בגין פרסומים מהסוג שהיה מצויין בה. בית המשפט פסק, ברוב דעות, כי ההוראה האמורה בפקודת ביזיון בית המשפט בטלה מעיקרה מחוסר סמכות, מפני שהיא מנוגדת לדבר המלך במועצתו, שהגדיר את סמכויות בית המשפט העליון.²⁶ הנימוק לכך היה שהוראה זו קובעת איסור שהוא פלילי במהותו, בעוד שיש לפרש את דבר המלך כשולל מבית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, את הסמכות לרדוף בעניינים שהם פליליים במהותם.²⁷ אחד משופטי הרוב, השופט אולשן, ציין, עם זאת, באמרת אגב, כי ההוראה האמורה תקפה ככל שהיא מקנה, בצד הסמכות הפלילית הפסולה, גם סמכות שאינה פלילית להתערב לשם מניעת השפעה צפויה על הליך שיפוטי בעתיד.²⁸ דעת המיעוט, של השופט ויתקון, הייתה כי ההוראה בפקודת ביזיון בית המשפט אינה חורגת מהסמכות שנקבעה בדבר המלך והיא תקפה.²⁹ אולם, גם השופט ויתקון הגיע למסקנה שאין מקום להפעילה במקרה הנדון משיקול שהוא כללי במהותו. הוא בחן את אחד מהפרסומים שבגינם הוגשה הבקשה – מאמר שכלל תיאור של דיון שהתנהל במסגרת הליך פלילי בו טען הנאשם ששוטרים התעללו בו, דברי ביקורת על המשטרה וקריאה לחקירת המקרה והענשת האחראים – וקבע כי הוא אינו נכלל בגדר ההוראה מפני שאין בכוחו להשפיע על שופט מקצועי כמו השופטים המכהנים בישראל.³⁰

בספרות המשפטית בה נותח פסק-הדין האמור הועלתה הטענה ששופטי הרוב הושפעו בהכרעתם (לפיה אין תוקף לסמכות בפקודת ביזיון בית המשפט), מטיבה של הסמכות האמורה שלא התחשבה בהגנה על זכויות הנאשם בהשוואה להליך פלילי רגיל.³¹ יחד עם זאת, נטען שפסק-הדין היה אחד הגורמים להיווצרותה של מדיניות העדר אכיפה של החקיקה העוסקת

בהשפעה על הליכים שיפוטיים. מדיניות זאת הקיפה לא רק את הסמכות האמורה, אלא גם את איסור הסוב-יודיצה שהחליף אותה, אשר מהווה איסור פלילי רגיל, וגרמה לכך שהוא לא נאכף אף במקרים שלדעת המבקרים היה מקום להפעילו לגביהם.³²

המקרה הראשון בו נדון איסור הסוב-יודיצה הישראלי המקורי³³ עסק במספר פרסומים בעיתונות בנוגע להליך פלילי באישום של רצח שהתנהל בתחילת שנות השישים. בהליך זה כפר הנאשם בפתיחת משפטו באשמתו בביצוע העבירה. אולם, מפרסומים בשני עיתונים שדיווחו על ההליך, ניתן היה להסיק כי בשיחה עם עיתונאי לפני פתיחת המשפט הודה הנאשם בביצוע העבירה. באחד מהם (ידיעות אחרונות) נכתב כי הנאשם אמר לעיתונאי שהוא מתחרט על מעשהו ומוכן לשאת בכל עונש.³⁴ בשני (מעריב) נכתב כי הנאשם השיב לעיתונאי "תשובה אחרת" מזו שהשיב בבית המשפט.³⁵ העורך והכתב בשני העיתונים הועמדו לדין, בשני כתבי אישום נפרדים, באשמת הפרת איסור הסוב-יודיצה. כולם זוכו בבית משפט השלום. הפרקליטות ערערה על שני פסקי-הדין לבית המשפט המחוזי. בערעור בעניין ידיעות אחרונות אושר הזיכוי, מפני שכל השופטים הגיעו למסקנה שלא היה בפרסום סכנת השפעה על ההליך. שופט אחד קבע שנדרש חשש ממשי או אפשרות סבירה של השפעה, ובדרך-כלל, כמו גם בעניין הנדון, אין חשש להשפעה על שופטים עקב פרסום על הודאה מחוץ לבית המשפט ושיש רק אפשרות רחוקה להשפעה על עדים.³⁶ שני השופטים האחרים פסקו, לעומת זאת, כי פרסום על הודאה של נאשם מחוץ לבית המשפט עלול ליצור אפשרות של השפעה המספיקה לצורך הרשעה בהפרת האיסור, אך קבעו כי במקרה הנדון לא התייחס הפרסום להודאה באישום ברצח ולכן לא היה בו סכנה של השפעה על המשפט.³⁷ לעומת זאת, בערעור השני, בעניין מעריב, קיבל בית המשפט את הערעור והרשיע את הנאשמים. הנימוק להרשעה היה שפרסום של דברים העשויים להביא למסקנה בדבר זכות או חובה עלול תמיד להשפיע על ההליך, בעיקר כאשר הפרסום עוסק בראיות שעדיין לא הובאו במסגרתו. בפרט נקבע, כי פרסום על הודאה של הנאשם בביצוע העבירה מחוץ לבית המשפט יוצר תמיד חשש של השפעה, משני סוגים. השופטים ראו את הסכנה החמורה יותר בחשש להשפעה של פרסום כזה על עדים, מהטעם

שפרסום על הודאה של הנאשם בעבירה בעיתון עלול להוליך עד להסיר את ספקות שעשויות להיות לו בנוגע לתוכן עדותו. כמו כן, הצביעו השופטים על הסכנה להשפעה של פרסום כזה על השופט, ולו במובן של "הכבדה" על השופט שצריך להתאמץ כדי להתעלם מהמידע. השופטים הבחינו בין הפרסום במעריב, שנדון בפניהם, ובין זה שהיה בעניין ידיעות אחרונות, בכך שרק בעניין מעריב הצביע הפרסום בבירור על הודאה של הנאשם בביצוע הרצח מחוץ לבית המשפט.³⁸ ההרשעה בעניין מעריב אושרה בבית המשפט העליון. השופט זוסמן העריך אמנם כי באופן כללי סכנת ההשפעה של פרסום על שופט מקצועי היא קטנה יותר בהשוואה לשופט בלתי מקצועי, כמו מושבע, אך לדעתו היא עדיין קיימת, בעיקר בנוגע לשקילת ראיות. לפיכך, הוא קבע שמכיוון שהעניין בעשיית צדק אינו קטן בערכו מהעניין שבחופש ביטוי, יש לפרש את האיסור כמסתפק באפשרות סבירה, שהיא עדיין נבדלת מאפשרות רחוקה, של השפעה של הפרסום על ההליך. ביחס לאותו עניין פסק השופט זוסמן שגם אם לא היה בפרסום סכנת השפעה על שופט, הייתה אפשרות סבירה של השפעה על עדים, מפני שהפרסום היה עלול להסיר ספקות של עדים בנוגע לאשמת הנאשם.³⁹ השופט ברנזון נקט באותו עניין בגישה מחמירה עוד יותר כאשר העריך כי פרסום על הודאה של נאשם מחוץ לבית המשפט עלול תמיד, כמו גם בעניין הנדון, להשפיע אף על שופט מקצועי.⁴⁰

הועלתה ההערכה כי הסיבה לשינוי בפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין זה, בהשוואה לפסק-הדין שעסק בסמכות הקודמת, הייתה אכן ביטול סמכות הענישה של המפרסם בהליך מקוצר והחלפתה באיסור פלילי רגיל,⁴¹ הבלד שאכן הוזכר בפסק-הדין של בית המשפט העליון בעניין מעריב.⁴² העניין השני בו הוגש כתב אישום בגין הפרת איסור הטוב-יודיצה היה עניין אזולאי, שהתרחש כ-20 שנה מאוחר יותר, בתחילת שנות השמונים. במקרה זה הועמדה לדין בגין הפרת האיסור עיתונאית שפרסמה כתבה בנושא שיקום אסירים בישראל, אשר במסגרתה ראינה אדם שהורשע אך דינו לא נגזר עדיין. בעת מסירת הכתבה לדפוס אמור היה גזר-הדין להינתן תוך ימים ספורים, לפני הפרסום. העיתונאית הסתמכה על כך, אך לא בדקה זאת ולמעשה, בשל עיכוב, ניתן גזר-הדין רק לאחר הפרסום.⁴³

על ההחלטה להעמיד את הכתבת לדין במקרה זה נמתחה ביקורת בטענה שלאחר שנים כה רבות בהן לא נאכף האיסור היה מקום להתריע על שינוי המדיניות ולא להביאה לידיעת הציבור לראשונה בדרך של אכיפת האיסור. זאת, במיוחד לאור אופייה הקל יחסית של ההפרה בעניין הנדון, בהיבטים הבאים: ראשית, סכנת ההשפעה הייתה הסכנה הקלה יחסית של הקלה בעונש לעומת הסכנה החמורה הרבה יותר של הרשעת חף. שנית, הפרסום במקרה זה לטובת הנאשם עמד מול פרסומים רבים נגד נאשמים שנעשים ביוזמת רשויות אכיפת החוק. שלישית, במקרה זה נפסק כי הכתבת לא הייתה מודעת לסכנת ההשפעה של הכתבה על ההליך לאור הנחתה שהכתבה תפורסם לאחר מתן גזר-הדין. כמו כן, בוקרה ההחלטה להעמיד לדין דווקא את הכתבת ולא את העורך, בעוד שהשליטה על מועד הפרסום – שכאמור, היה מכריע בעניין זה – הייתה בשליטת האחרון.⁴⁴

הכתבת הורשעה בבית המשפט השלום והרשעתה אושרה בשני ערעורים לבית המשפט המחוזי ולבית המשפט העליון, אשר בו פורשו רכיביו של איסור הסוב-יודיצה באופן מרחיב. במישור האובייקטיבי פירש השופט ברק את האיסור, בעקבות ההלכה בעניין דיסנצ'יק, כמסתפק באפשרות סבירה של השפעה של הפרסום על ההליך, אשר להערכתו עשויה להתקיים גם כאשר מדובר בשופט מקצועי. ביחס לכתבה באותו עניין נפסק שהיא אכן יוצרת אפשרות סבירה של סכנה כאמור, בייחוד לאור מורכבות השיקולים שעל השופט להתחשב בהם בגזירת דינו של נאשם בפלילים.⁴⁵ ביחס ליסוד הנפשי נפסק שדי ברשלנות ביחס להיות ההליך תלוי ועומד. הנימוק לכך היה שפרשנות של האיסור כדורש מודעות בפועל ביחס לרכיב זה איננה סבירה, שכן היא משחררת את המפרסם מלנקוט כל אמצעי זהירות. באותו עניין הוחלט שהכתבת התרשלה בכך שלא בדקה לפני פרסום הכתבה שגזר-הדין אכן ניתן ולכן אושרה הרשעתה.⁴⁶

על הפרשנות שניתנה בפסק-הדין ליסודותיו של איסור הסוב-יודיצה נמתחה ביקורת בטענה שהיא מעניקה לתקינות ההליך השיפוטי משקל רב מדי על חשבון חופש העיתונות,⁴⁷ ובפרט בטענה שהפרשנות במישור היסוד הנפשי מנוגדת לכללי הפרשנות הראויים, אשר היו אף מקובלים בעניין זה בפסיקה.⁴⁸

הועלתה ההשערה שמבחן האפשרות הסבירה שנקבע בפסק-הדין מוגבל לאכיפתו של האיסור הפלילי ואינו חל בכל הנוגע למניעה של פרסומים מראש שלגביהם עשוי להינקט מבחן מצמצם יותר כמו זה הדורש סכנה חמורה ומיידית של השפעה על ההליך.⁴⁹

באופן ספציפי יותר ראוי לציין כי סוג הפרסום שנדון בעניין זה – פרסום על השיקולים בקביעת גזר-דין – מעורר שאלות בנוגע לטיב ההשפעה על ההליך, היבט אשר פסק-הדין לא התייחס אליו כלל ואשר אעסוק בו ביתר הרחבה בהמשך. כבר ציינתי נקודה מרכזית אחת הנוגעת להיבט זה, והיא שהסכנה שהייתה צפויה באותו עניין הייתה רק של השפעה שתוליך להקלה בעונש, שהיא הסכנה הקלה ביותר הקיימת בהקשר הנדון. כאן ראוי להזכיר נקודה נוספת אחת הנוגעת להיבט של טיב ההשפעה הצפויה מהפרסום והיא קביעתו של בית המשפט שפרסום בנוגע לשיקולים בגזירת דינו של נדון יוצר אפשרות סבירה להשפעה על השופט בשל מורכבות השיקולים בנושא. קביעה זאת היא אולי נכונה במישור של הסתברות הסכנה, אך היא מתעלמת לחלוטין מההיבט של טיב ההשפעה אשר אותה מנסים למנוע. כאמור, מטרת ההגנה על ההליך השיפוטי מפני השפעות חיצוניות היא למנוע עיוות של כללי ההכרעה השיפוטיים. אולם, הנושא של קביעת עונשו של נדון בפלילים הוא אחד הנושאים בהם כללי ההכרעה הקיימים במערכת המשפט הישראלית הם הגמישים ביותר ומן הפחות מגובשים. בשל כך, לא ברור מהי השפעה פסולה בהקשר זה, וקיים ספק אם יש מקום להגן דווקא על היבט זה של ההליך הפלילי מפני השפעה. ואכן, בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל, ובראשן בריטניה, אשר, כפי שנראה בהמשך, מטילות מגבלות חמורות על פרסומים הנוגעים להליכים שיפוטיים, נוטים שלא לאכוף את המגבלות האמורות על פרסומים העוסקים בגזירת הדין. למרות שפורמלית המגבלות חלות גם בשלב זה, הנוהג למעשה הוא שפרסומים כאלה הינם מותרים.⁵⁰

ההלכה שנקבעה בעניין דיסנצ'יק ובעניין אזולאי, לפיה המבחן להיקף איסור הסוב-יודיציה הוא המבחן ההסתברותי של אפשרות סבירה להשפעה על ההליך השיפוטי, אומצה בפסיקה מאוחרת יותר במספר אמרות אגב.⁵¹ לעומת זאת, ההלכה שנפסקה בעניין אזולאי לעניין היסוד הנפשי בנוגע

לרכיב של היות ההליך תלוי ועומד, בוטלה עם שינוי החלק הכללי של דיני העונשין בישראל בשנת 1995.⁵² כיום הדין הוא כי יסוד נפשי של רשלנות יחול רק ביחס לעבירות בהן הוא נקבע בהגדרתן (ומכיוון שמדובר בשינוי המקל עם הנאשם הוא חל אף ביחס למעשים שאירעו לפני כניסתו לתוקף⁵³). מכיוון שאיסור הסוב-יודיצה איננו כולל הוראה מיוחדת כזאת של רשלנות, יש לפרשו כדורש מחשבה פלילית ביחס לכל רכיביו.

העניין השלישי והאחרון בו נאכף איסור הסוב-יודיצה היה המקרה החמור ביותר ולפיכך ההעמדה לדין בו היא המוצדקת ביותר מבין המקרים בהם נאכף האיסור. אולם, דווקא במקרה זה לא הייתה ההחלטה לחקור ולהעמיד לדין פרי יוזמתו של היועץ המשפטי לממשלה, אלא נכפתה עליו על-ידי בית המשפט העליון. בעניין זה פרסם עיתונאי סדרה של כתבות שעסקו במשפטו של דמיאניוק שהואשם בבית המשפט המחוזי בעבירות חמורות מאוד על-פי החוק לעשיית דין בנאצים ובעווריהם.⁵⁴ בפרסומים אלה תיאר העיתונאי את מהלך האירועים במשפט והביע דעה על המעורבים בהליך ועל מהימנות הראיות שהוצגו בו, תוך שהוא נוקט עמדה חד-משמעית בנוגע לשאלה המרכזית שעמדה לביורר במשפט – זהותו של הנאשם – אשר לפיה הוא אכן האדם לו יוחסו המעשים החמורים שבגינם הוגש כתב האישום. סניגורו של הנאשם הגיש תלונה למשטרה בגין פרסומים אלה, אולם המשטרה סירבה לפתוח בחקירה בטענה שהפרסומים אינם מהווים הפרה של איסור הסוב-יודיצה. היועץ המשפטי לממשלה דחה את הערר שהגיש הסניגור על החלטת המשטרה, אך בנימוק שונה מזה של המשטרה. לדעתו, למרות שהפרסומים היוו אמנם לכאורה הפרה של האיסור, לא היה עניין ציבורי בהעמדת העיתונאי לדין (ולכן, כנראה, ממילא לא היה גם עניין בחקירה) מפני שהפרסומים לא יצרו חשש אובייקטיבי לפגיעה בטוהר ההליך ולאור אופיו המיוחד של המשפט שזכה לסיקור תקשורתי נרחב ועורר רגשות עזים. במסגרת העתירה שהוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק לפסול החלטה זאת, פסק השופט בך פסק ששיקולים אחרונים אלה הינם "בבירור מוטעים או זרים לעניין". הטעם לכך היה שאמנם אין הפרסומים, שכללו דעות והתרשמויות, להבדיל ממידע עובדתי חדש, יוצרים סכנה של השפעה על שופטים, אך קיים חשש שלאור טיבם של הדברים שפורסמו והתפוצה הרחבה

של העיתון בו פורסמו (ידיעות אחרונות), ישפיעו הפרסומים על ההליך באמצעות השפעה על אנשים הצפויים להעיד בו. השופט בך הוסיף וציין כי העובדה שההליך עומד במוקד ההתעניינות הציבורית ומעורר רגשות עזים אינה מהווה שיקול נגד הגשת כתב אישום אלא להפך, בעד הגשתו, מפני שדווקא אז זקוק הנאשם במידה הרבה ביותר להגנה שמעניק איסור הסוב-יודיצה. בשל חשש זה, קבע השופט שלמרות שיש מקום להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה במקרים נדירים בלבד, במיוחד כאשר מדובר בהחלטה בנוגע לחקירה או להעמדה לדין המבוססת על שיקולים של האינטרס הציבורי שיש בהעמדה לדין, הרי שבמקרה זה יש מקום לעשות כן לאור דחייתם של כל שיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה.⁵⁵ דעת המיעוט באותו עניין, של השופט אור, הייתה, לעומת זאת, שהחלטת היועץ המשפטי לממשלה הייתה לגיטימית וסבירה. לדעתו, תאמה עמדת היועץ במקרה זה את המדיניות העקבית המאופקת של היועצים המשפטיים לממשלה ביחס להעמדה לדין בגין הפרת האיסור.⁵⁶

בעקבות פסק-הדין הוגש לבית משפט השלום כתב אישום בגין הפרת איסור הסוב-יודיצה נגד הכתב, העורך והעיתון. בית המשפט הרשיע את כולם וגזר עליהם עונשים של מאסר על תנאי, עבודות שירות לתועלת הציבור וקנס, בהתאמה.⁵⁷

פסק-הדין של בית המשפט העליון שהורה על העמדה לדין בעניין קליגור, היה המקרה הראשון בו התערב בית המשפט העליון בישראל בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לאכיפת המשפט הפלילי.⁵⁸ אך, למרות זאת, לא נקבעה בפסק-הדין הלכה ברורה בשאלה הכללית של אמות-המידה אשר לאורן יש לאכוף את איסור הסוב-יודיצה. השופט בך ציין כי יש לשקול הגשת כתב אישום בגין הפרת איסור זה כאשר הפרסום העומד על הפרק עלול להשפיע או כאשר סכנת ההשפעה אינה "רחוקה מדי".⁵⁹ לכאורה, מדובר בקנה-מידה מקל יותר ממבחן האפשרות הסבירה שנקבע בפסקי-הדין הקודמים. אולם, ספק אם אמירה עמומה זאת נועדה לשנות הלכות אלה. ייתכן שיש להבינה כקובעת קנה-מידה שונה לצורך העמדה לדין להבדיל מהרשעה, אך אף פרשנות מתונה יותר זאת עשויה להיות מרחיקת לכת. בספרות שניתחה את פסק-הדין, הובעה ההערכה כי ההתייחסות האמורה

של בית המשפט העליון לסוגייה זאת אכן לא נועדה לשנות את ההלכות הקודמות, אלא יש להבינה לאור אופיו המיוחד של המשפט ורצון השופטים להבהיר כי מדינת ישראל יכולה לשפוט ללא משוא פנים אף נאשמים בפשעים שבוצעו בשואה נגד יהודים.⁶⁰

יצוין, כי אף שהפרסומים בעניין זה היו החמורים ביותר מבחינתם הסכנה שהם יצרו להשפעה פסולה על ההליך, נמתחה ביקורת על החלטתו של בית המשפט העליון בנימוק שהתערבותו בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה הייתה בעייתית מאחר שהעיתונאי היה ניצול שואה.⁶¹

לעומת זאת, בעניין דרעי, רחה בית המשפט הגבוה לצדק, בהחלטה קצרה ובלתי מנומקת, עתירה לפתוח בחקירה ולהעמיד לדין את מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה, בין השאר, באישום של סוב-יודיצה בשל דברים (שלא פורטו) שאמר בראיון לעיתונאי. עם זאת, בית המשפט כתב "כהנחייה" כי ראוי שפרקליט מטעם המדינה לא יתראיין בנוגע למשפט שהוא מעורב בו, ושם יש מקום להבעת עמדה (מעבר לכתב האישום) עליה להיעשות על-ידי "דוברים אחרים של משרד המשפטים".⁶²

שלושת המקרים שתוארו בסעיף זה של אכיפת איסור הסוב-יודיצה היו, כאמור, המקרים היחידים בהם הועמד בישראל אדם לדין והורשע בגין הפרת איסור הסוב-יודיצה. מעבר למקרים האמורים, יש לציין, לשם השלמת התמונה, מקרה נוסף, שלמרות שלא עסק ישירות באיסור הסוב-יודיצה, ההכרעה בו התבססה ישירות עליו. מקרה זה התרחש באמצע שנות השישים, בעת שהתנהל משפט פלילי נגד שופט באשמת קבלת שוחד מנאשם. במהלך ניהול ההליך, הועלתה הצגה שעלילתה כללה עובדות הדומות מאוד לאלה של ההליך האמור. במקרה זה בחר היועץ המשפטי לממשלה שלא לעשות שימוש ישיר באיסור הסוב-יודיצה אלא פנה למועצה לביקורת סרטים ומחזות, שאישרה את העלאת ההצגה, בבקשה לבטל את ההיתר שנתנה, מהטעם שההצגה מהווה הפרה של כלל הסוב-יודיצה. משנענה בשלילה, עתר היועץ לבית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בבקשה להורות על ביטול ההיתר. בית המשפט נענה לבקשה, בהסתמך על שני נימוקים (שהיחס ביניהם לא הובהר בפסק-הדין). הנימוק הראשון היה שבמקרה הנדון הייתה לא רק אפשרות שההצגה תשפיע על ניהול המשפט

ותוצאתו, אלא אף סכנה מיידית וקרובה ביותר לכך, וזאת בשל ה"אקטואליות" של המחזה. הנימוק השני היה, בעקבות המשפט האנגלי, שצפייה של תוצאתו של הליך שיפוטי היא אסורה.⁶³

מעבר למקרים האמורים, בהם נדונה העמדה לדין בגין איסור הסוב-יודיצה, או שההכרעה התבססה עליו, התייחס בית המשפט העליון לאיסור באמרות אגב. רובן המכריע של אמרות אגב אלו כללו גינוי של פרסומים שלדעת השופטים חרגו מכללי הסוב-יודיצה. כך, העיר השופט אגרנט בשנות החמישים, בערעור בעניין גרינוולד, כי הפרסומים בנוגע למשפט חרגו לעתים מהגבול המותר ביחס לעניין שהוא סוב-יודיצה,⁶⁴ ומספר שנים אחר-כך אף הפנו שופטי בית המשפט העליון, בשבתם כבית משפט גבוה לצדק, את תשומת לבן של רשויות אכיפת החוק למקרה אחר שלגביו ראו לכאורה מקום לשקול את אכיפת איסור הסוב-יודיצה.⁶⁵ גם לאחר מכן המשיך בית המשפט העליון להביע באמרות אגב מורת רוח מפרסומים ספציפיים בנוגע לעניינים מסוימים שהשופטים ראו אותם כהפרה של איסור הסוב-יודיצה. כך, מתח בית המשפט העליון בעניין ידלין ביקורת על פרסומים בכלי התקשורת, שנעשו לדעתו בניגוד לאיסור הסוב-יודיצה, וציין כי יש להבחין בין "הוקעות תופעות שליליות" ובין "ייחוס עבירות לאנשים שהם עדיין בחזקת זכאים בדין". עם זאת, בית המשפט ציין כי הפרסומים לא שללו מן הנאשם משפט הוגן או השפיעו על תוצאתו.⁶⁶ גם בעניין נאפסו הביע בית המשפט העליון מורת רוח מפרסומים בכלי התקשורת בעת ניהול ההליך "שחרגו בנוסחם מן המותר על-פי החוק", אך הפעם ציין, מבלי לנמק, כי "העדר הריסון בפרסומים היה בו כדי לפגוע ולפגום באווירה הדרושה לשם עשיית משפט, ויש להימנע ממצב כזה."⁶⁷ ביקורת דומה, לרבות התייחסות מפורשת לצורך באכיפת האיסור, נעשתה גם בדין וחשבון של ועדת החקירה לעניין הרקע לפתיחת מלחמת יום הכיפורים בנוגע לפרסומים בעת פעולת הוועדה בנושא בו דנה.⁶⁸ למרות הביקורת על הפרסומים האמורים, הם לא זכו, כאמור, לתגובה של רשויות התביעה באף אחת מן הפרשיות האמורות.

מעבר לגינוי של פרסומים, התייחס בית המשפט העליון פעם אחת לפרשנות שניתנה ליסודותיו של איסור הסוב-יודיצה וציין כי ההצדקה למבחן האפשרות הסבירה שנקבע בהקשר הנדון – שהוא מחמיר עם ביטויים

בהשוואה להקשרים אחרים בהם נדונו שאלות של הגבלת חופש הביטוי⁶⁹ – היא ש"משפט על-ידי העיתונות" איננו רצוי והוא אף פסול.⁷⁰

סקירת המקרים בהם הוחלט על העמדה לדין בגין הפרת איסור הסוב-יודיצה מעוררת שאלות בנוגע להצדקה של מדיניות האכיפה הסלקטיבית של רשויות התביעה בישראל בסוגייה זאת. למעשה, קשה ללמוד על מדיניות תביעה עקבית כלשהי, שהרי אין חולק על כך שהאיסור לא נאכף למרות שהיו מקרים רבים נוספים של הפרתו לכאורה,⁷¹ ואף מקרים רבים שהיו דומים לפחות לאחד מהמקרים בהם הוגש כתב אישום בכל העובדות הרלבנטיות. רשויות התביעה החליטו על העמדה לדין דווקא במקרה קל יחסית כמו עניין אזולאי, אך למרות שכמעט כל המקרים בהם הוגש כתב אישום הסתיימו בהרשעה, נמנע היועץ המשפטי לממשלה מלהורות על חקירה במקרה חמור הרבה יותר כמו עניין קליגר.^{72 73}

■ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לאכיפת איסור

הסוב-יודיצה

בשנת 1992 פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות לתובעים בנוגע למדיניות ההעמדה לדין שיש לנקוט באכיפת איסור הסוב-יודיצה.⁷⁴ בפתח ההנחיות נכתב שהן נועדו לסייע לתובעים בשקילת המקרים המתאימים בהעמדה לדין בגין הפרת האיסור "עקב נוסחו הרחב והגורף."⁷⁵ ברור, עם זאת, שההנחיות ממלאות תפקיד חשוב נוסף של הדרכת מפרסמים המעוניינים לשמור על החוק בהתאם לפרשנותן של רשויות התביעה.

במישור הפרוצדורלי קובעות ההנחיות כי כתב אישום בגין הפרת האיסור יוגש רק "בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה."⁷⁶ במישור המהותי, דהיינו בכל הנוגע לשאלה אילו סוגי פרסומים מהווים הפרה של האיסור, נועדו ההנחיות לתת ביטוי להלכות שנפסקו בנושא.

ההנחיות מפרטות "רשימה של סוגי פרסומים, שפרסומם מעורר מעצם טבעו חשש ממשי להשפעה על מהלך המשפט או על תוצאותיו." על-פי ההנחיות, יש לבחון פרסומים מסוגים אלה לגופם, כדי לקבוע אם אכן קיים,

בנסיבות העניין, חשש ממשי כאמור. השיקול היחיד המפורש בהנחיות בשאלה זו, מעבר לאלה שעולים מהרשימה שתפורט להלן, הוא ההבחנה בין חשש של השפעה על עדים שעתידים לתת עדות במסגרת ההליך ובין חשש של השפעה על שופטים. על-פי שיקול זה, "ככל שיגבר החשש להשפעה על העדים, כן תגבר הנטייה להעמדת המפרסם לדין."⁷⁷ למרות הניסוח המוזר (שהרי ברור שביחס לכל השפעה, לרבות על שופטים, תגבר הנטייה להעמיד לדין ביחס ישר לעוצמת החשש), ברור שההנחיות נועדו לבטא גישה מחמירה יותר בנוגע להשפעה על עדים. ההנחה שעמדה בבסיס ההנחיות הייתה, כפי הנראה, שעדים נוחים יותר להשפעה מאשר שופטים מקצועיים, ולכן צפוי שחשש ממשי של השפעה יתקיים לעתים קרובות יותר ביחס אליהם. עמדה זו משתקפת גם ברשימת סוגי הפרסומים היוצרים לכאורה חשש ממשי להשפעה, אשר רובם נוגעים בעיקר, ולעתים רק, להשפעה על עדים.⁷⁸ אולם, ההנחיות אינן מבהירות אם, לפי תפישת היועץ המשפטי לממשלה, עלול אי פעם להיווצר חשש ממשי להשפעה של פרסומים על שופטים. לכאורה, הן אינן פוסלות אפשרות כזו, אך, כאמור, הן מתמקדות כמעט באופן בלעדי באפשרות להשפעה על עדים.

המכנה המשותף לרוב המכריע של סוגי הפרסומים המעלים לדעת היועץ המשפטי לממשלה חשש ממשי להשפעה הוא, אפוא, שהם מכוונים בעיקר להשפעה על עדים. סוגי הפרסומים, שיידונו במפורט בהמשך, בהקשרים המתאימים הם: הבעת דעה בעניין מהותי הטעון הכרעה שיפוטית בהליך;⁷⁹ למעט דיון עיוני בשאלות עקרוניות או משפטיות הקשורות לעניין נושא המשפט שאין בו קביעות או מסקנות בעניין מהותי הטעון הכרעה בהליך;⁸⁰ פרסום עובדות מהותיות הרלבנטיות לעניין הטעון הכרעה במשפט לפני שהובאו בפני בית המשפט במסגרת ההליך;⁸¹ פרסום ראיון עם בעל דין או עם אדם האמור להעיד במשפט או הבאת גרסאותיהם, למעט פרסום ידיעה בתום לב על מה שאירע בישיבה פומבית של בית המשפט;⁸² פרסום הכולל הבעת דעה על עדויות שנשמעו במשפט או על מהימנותם של עדים שהעידו, או צפויים להעיד, במשפט;⁸³ ודיווח לא נכון ושלא בתום לב על דבר שנאמר או אירע בישיבה פומבית של בית משפט שיש בו כדי להשפיע על עדים שטרם העידו.⁸⁴ ההנחיות קובעות סייג חשוב מבחינת סוגי ההליכים שפרסומים

ביחס אליהם לא ייחשבו, ככלל, כבעלי חשש ממשי להשפעה, "למעט במקרים חריגים שנסיונותיהם רבות חומרה": הליך בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק; הליך של ערעור על ערכאה שיפוטית; ועבודתה של ועדת חקירה ממלכתית.⁸⁵

מאז פרסומן של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (כאמור, בשנת 1992) לא נאכף איסור הסוב-יודיציה כלל. בשנת 1994 הזהיר היועץ מספר עיתונים שפרסומים בנושאים הקשורים למשפטו של חבר-הכנסת אריה דרעי עלולים להוות הפרה של האיסור בשל חשש להשפעה על עדים. אולם, גם בעניין זה לא הוגשו בסופו של דבר כתבי אישום.⁸⁶

4. הצורך בבחינה מחודשת של הדין המצוי – הפגמים הכלליים של האיסורים הרלבנטיים

מתיאור הדין הקיים עולים מספר נימוקים המצדיקים בחינה מחודשת של דרך ההסדרה של הסוגייה של השפעה פסולה של ביטויים על הליכים שיפוטיים בישראל, כלומר, של האיסורים העוסקים בנושא, ובראשם איסור הסוב-יודיציה, שהוא האיסור הרחב ביותר מביניהם והיחיד שמסדיר את הסוגייה באופן מלא. המאפיין העיקרי של הדין הקיים, המהווה את שורש הפגמים שבו, הוא שהאיסורים הקיימים עוסקים רק במספר מצומצם של ההיבטים הרלבנטיים לסוגייה ומתעלמים מהיבטים חשובים אחרים שלה. יתר על כן, ההיבטים בהם עוסקים האיסורים הקיימים אינם מהווים מדדים מוצלחים לניסוחו של איסור בתחום זה. בשל כך מאופיינים האיסורים הקיימים כיום בישראל בהקשר הנדון בהיקף רחב שאין לו הצדקה ובעמימות. ההיבט היחיד בו עוסק איסור הסוב-יודיציה במישור העובדתי הוא הסתברות הסכנה שיוצר הביטוי להשפעה על ההליך השיפוטי. כאמור, האיסור מקיף כל פרסום היוצר סכנה של השפעה על הליך שיפוטי, כאשר הסייג היחיד לכך הוא דיווח בתום לב על הליך פומבי. הבעיה הבסיסית בגישה זו היא ההתעלמות הכמעט מוחלטת של האיסור משאר ההיבטים של הסוגייה שהזכרתי למעלה, שיש להם חשיבות רבה לשם התמודדות ראויה

עמה: טיבה של סכנת ההשפעה שיוצר הביטוי על ההליך, חומרתה של סכנה זאת וערכו של הביטוי היוצר את הסכנה. נוסחו הגורף של איסור הסוב-יודיצה, המתחשב רק במדר של סכנת ההשפעה, מתעלם כמעט לחלוטין משלוש הבחנות המתייחסות אל היבטים אלה, בהתאמה.

ההבחנה הראשונה שהאיסור מתעלם ממנה לגמרי נוגעת לטיב ההשפעה של הביטוי על ההליך השיפוטי והיא ההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה. האיסור אינו מבחין בין סוגים שונים של השפעה ומקיף, לכן, גם השפעות לגיטימיות ואף רצויות על ההליך השיפוטי. למשל, דיווח על גילוי ראייה רלבנטית וקבילה במשפט פלילי שאף אחד מהצדדים להליך לא ידע על קיומה.

ההבחנה המרכזית השנייה, שאינה מקבלת ביטוי ראוי במסגרת האיסור, נוגעת לסוג או לחומרת סכנת ההשפעה של הביטוי על ההליך השיפוטי. כדוגמא ראוי לשוב ולהזכיר את ההבחנה החשובה ביותר בהקשר זה בין סכנה של הרשעה בלתי מוצדקת של חף מפשע ובין הסכנה של הקלה בעונשו של נדון, כמו זאת שבגינה הורשעו הנאשמים בעניין אזולאי.

ולבסוף, ההיבט השלישי שאיסור הסוב-יודיצה מתעלם ממנו לחלוטין הוא ערכו של הביטוי העומד על הפרק. כאמור, יש מבחינה זאת הבדלים בין סוגים של ביטויים ויש, לכן, חשיבות רבה לשקול האם יש הצדקה לאסור על ביטויים שיש להם חשיבות רבה, אף בהנחה שאיסור כזה ישרת את האינטרסים של תקינות ההליך השיפוטי או תדמיתו.⁸⁷

הפגם של העדר המתייחסות מלאה לכל ההיבטים הרלבנטיים של הסוגייה קיים גם באיסורים האחרים הקבועים בדין הישראלי לשם הגנה על תקינותם או תדמיתם של הליכים שיפוטיים.⁸⁸ אולם, מכיוון, שכפי שכבר ציינתי, איסורים אלה, בניגוד לאיסור הסוב-יודיצה, לא נועדו להסדיר את הסוגייה באופן מלא, הוא בולט פחות לגביהם. בנוסף, חלק מהאיסורים הללו מתייחסים להיבטים אשר איסור הסוב-יודיצה מתעלם מהם, כמו ההבחנה בין השפעה לגיטימית ופסולה, המוזכרת באיסור על שליחת דברי שידול או בקשה לשופט במטרה להשפיע שלא כהוגן על תוצאות ההליך⁸⁹ ובאיסור על השפעה שלא בדין על עבודתה של ועדת חקירה⁹⁰ (בהנחה שהמונחים המודגשים נועדו לשקף אכן את ההבחנה האמורה). אולם, גם איסורים אלה

מתעלמים כמעט לחלוטין מההיבטים האחרים של ערך הביטוי ושל סוג או חומרת סכנת ההשפעה (הגבלת האיסור הראשון לדברים הנשלחים לשופט, להבדיל מפרסומים, עשויה להיות רלבנטית במידת מה להיבטים אלו).

התעלמותם של האיסורים הקיימים ממרכיבים חשובים אלה, מוליכה לכך שהם אינם מתייחסים באופן מלא להבחנה הכללית יותר בין סכנה של השפעה שמצדיקה קביעת איסור פלילי על הביטוי היוצר אותה לסכנה שראוי לשלם את מחירה, הן מטעמים הנוגעים לחירות בכלל, ובמיוחד מטעמים הנוגעים לאינטרס בחופש הביטוי ובפרט חופש הביטוי הנוגע להליכים שיפוטיים. איסור הסוב-יודיצה מתעלם כמעט כליל מהבחנה זאת, שמקבלת ביטוי במסגרתו רק בסייג המוציא דיווח בתום לב על מה שהתרחש בהליך שיפוטי פומבי, אשר מתייחס להיבט אחד בלבד שלה.

ההבחנה האמורה בין סכנות של השפעה שיש מקום להכליל במסגרת האיסור לסכנות שראוי להוציא מתחולתו, זכתה להתייחסות כללית ומשמעותית יותר, אם כי עדיין מוגבלת מאוד, בפרשנות שנתן בית המשפט העליון לאיסור הסוב-יודיצה בכל הנוגע להיבט של הסתברות הסכנה. כאמור, בית המשפט פסק כי רק סכנה בהסתברות סבירה נכללת בגדרו של איסור הסוב-יודיצה. אולם, גם התייחסות זאת אינה מספקת, משני טעמים עיקריים. ראשית, מפני שהיא עוסקת רק בטיב הסכנה לאינטרס של תקינות ההליך השיפוטי ואינה מעניקה כל משקל למחיר שיש לשלם מבחינת האינטרס הנגדי של חופש הביטוי. ייתכן שחשיבותו של ביטוי מסוים תִּטָּה את הכף בזכות התרתו אף כאשר הוא יוצר סכנה שהסתברותה סבירה להשפעה על הליך שיפוטי. יתר על כן, זוהי הבעיה השנייה, אף בנוגע לאינטרס של תקינות ההליך השיפוטי, עוסקת ההבחנה שקבע בית המשפט העליון רק בהיבט אחד של טיב הסכנה הצפויה לו, זה של הסתברות הסכנה ומתעלמת לחלוטין מההיבט החשוב יותר של סוג הסכנה הצפויה.

בנוסף להתעלמות של איסור הסוב-יודיצה בישראל מההיבטים האמורים, לקויה גם הדרך בה הוא מתייחס להיבט היחיד בו הוא עוסק – הסתברות הסכנה שהביטוי ישפיע על הליך שיפוטי. הכללת הסתברות הסכנה כרכיב עובדתי של האיסור היא בעייתית מפני שקשה מאוד ליישמו. כפי שנסביר בהמשך, קשה מאוד לענות על השאלה האם ביטוי מסוים יצר סכנה של

השפעה בדרגת הסתברות מסוימת. עוד יותר קשה להוכיח שכנה כזאת בסטנדרטים הנהוגים במשפט הפלילי, כלומר, מעבר לכל ספק סביר.⁹¹ התמודדות אמיתית עם השאלה האמורה מחייבת פירוק שלה ועריכת בחינה נפרדת של היבטיה השונים, בהתחשב בקריטריונים ספציפיים יותר כגון טיב הפרסום, סוג ההליך ועוד. התמודדות כזאת לא נערכת כלל במסגרת איסור הסוב-יודיצה.

הפגם הבסיסי של התייחסות חלקית בלבד לשיקולים הרלבנטיים בסוגייה, המאפיין את האיסורים הקיימים בהקשר הנדון בדין הישראלי, ובראשם איסור הסוב-יודיצה, מוליך לליקוי נוסף: עמימות האיסורים. בדומה למקורו – איסור הסוב-יודיצה במשפט המקובל⁹² – חוסר ההתייחסות של האיסור הישראלי לכל ההיבטים הרלבנטיים מונע את האפשרות להבין אילו ביטויים נועדו האיסורים למנוע. האיסורים קובעים נוסחאות כלליות שאינן כוללות קריטריונים להבחנה בין סוגים שונים של ביטויים. פגם זה בולט במיוחד באיסור הסוב-יודיצה, שהוא הרחב מבין האיסורים הרלבנטיים. מכיוון שהאיסור מסתמך רק על הסתברות סכנת ההשפעה, שקשה מאוד להעריכה, ואינו מתייחס כלל לקריטריונים מוגדרים יותר כמו טיב ההשפעה, חומרתה וסוג הביטוי, קשה מאוד ללמוד ממנו על היקפו.

בעיית העמימות של איסור הסוב-יודיצה נותרה בעינה אף לאחר פרשנותו על-ידי בתי המשפט. כאמור, הדרך בה בחר בית המשפט העליון לצמצם את האיסור היא להגבילו לביטויים היוצרים הסתברות העולה על רמה מסוימת בלבד ("סבירה") להשפעה על ההליך. קריטריון חלקי ומעורפל זה אינו מסייע באופן משמעותי בויהוי סוגי הפרסומים שנכללים במסגרת האיסור.

בשל עמימות האיסור, אף בהתחשב בפרשנות שניתנה לו על-ידי בית המשפט העליון, יש לברך על החלטת היועץ המשפטי לממשלה לפרסם את ההנחיות בנוגע לדרך הפעלת שיקול הדעת במסגרת ההחלטה על העמדה לדין בגין הפרת האיסור. אולם, אף הנחיות אלה, שבהצדקה לכל אחת מהן לגופה אעסוק בהמשך, מתייחסות למספר היבטים בלבד וגם זאת בצורה כללית יחסית שמעוררת שאלות רבות בנוגע למשמעותן.

איסור הסוב-יודיצה נותר, אפוא, גורף ועמום. מאפיין זה של האיסור

המשותף במידה רבה גם לשאר האיסורים הרלבנטיים בדין הישראלי – אינו רצוי ממספר סיבות, שנוגעות בעיקר לטעמים עליהם מבוסס עקרון החוקיות, על היבטיו השונים (ובשל כך מהווה עמימותו של חוק אף עילה לפסלות חוקתית בשיטות משפט שונות⁹³). הסיבה הראשונה היא שבשל עמימותם אין האיסורים ממלאים את תפקידם הראשוני בהכוונת התנהגות.⁹⁴ לפגם זה יש חשיבות מעשית מיוחדת בענייננו משתי סיבות. ראשית, מפני שמדובר בתחום אשר בו קיימת אפשרות מעשית ברורה להכוונת התנהגות (אפשרות שאינה קיימת בהקשרים רבים אחרים). הסיבה לכך היא שעיקר הפרסומים הרלבנטיים נעשים על-ידי כלי תקשורת העוסקים בכך באופן שוטף ולכן יש להם הן אינטרס ברור לברר את הדין, ככל שהדבר אפשרי, והן אמצעים לעשות כן.⁹⁵ שנית, מפני שלעתים יש אינטרס חזק בהפצת ביטויים הנוגעים להליכים שיפוטיים.⁹⁶ הבעיה של עמימות איסור הסוב-יודיצה בהקשר זה מוחמרת בשל היקפו הרחב של האיסור. השילוב בין שני המאפיינים הללו הוא בעל השלכות שליליות. נטען שהוא עלול לגרום למפרסמים הרוצים להימנע מהפרת החוק להירתע ללא הצדקה מפרסומים שיש לגביהם ספק אם הם נכללים בגדר האיסור.⁹⁷ הניסיון בישראל מראה שסכנה זאת אינה חמורה, כפי הנראה, בעיקר משום שבשל רוחבו האיסור כמעט ואינו נאכף. אולם, רוחבו ועמימותו של האיסור מוליכים גם לסכנה ההפוכה של התעלמות מוחלטת של כלי התקשורת משיקולים של תקינות ההליך ותדמיתו, גם כאשר ראוי לייחס להם משקל. כל עוד האיסור אינו מספק קריטריון של ממש להבחנה בין סוגים שונים של פרסומים, קל לכלי התקשורת ללכת, בעקבות ההטייה המקצועית שלהם, לכיוון של חופש ביטוי מוחלט בתחום זה.

הבעיה השנייה הנובעת מאופיו העמום של האיסור היא שהוא אינו מספק אזהרה הוגנת לפני הטלת אחריות פלילית. סכנה זו התממשה, כאמור, באופן בולט בעניין אזולאי, אשר היה קשה לצפות מראש כי יוגש כתב אישום בגין הפרסום שנדון בו.

רוחבם ועמימותם של האיסורים הקיימים, ובייחוד של איסור הסוב-יודיצה, שכאמור כולל גם ביטויים שאין מחלוקת על היותם לגיטימיים, מעניקים שיקול דעת רב לרשויות אכיפת החוק. למעשה, בשל אופיים, מותרים האיסורים את המלאכה של קביעת היקף האחריות הפלילית

בסוגייה זאת כמעט באופן בלעדי בידי המשטרה ובתי המשפט. תופעה זאת אינה רצויה, שכן העברת עיקר שיקול הדעת מהרשות המחוקקת לרשויות אכיפת החוק מוליכה להפעלתו שלא בהתאם לכלל קבוע מראש, מה שיוצר חשש לאכיפה בלתי ראויה ובלתי שוויונית.⁹⁸ כפי שראינו, דומה שחשש זה התממש בנוגע לאכיפתו של איסור הסוב-יודיצה בישראל, שהייתה בלתי מוצדקת וחסרת עקביות.

מבחינה זאת עלולים רוחבם ועמימותם של האיסורים לפגוע לא רק באינטרס של חופש הביטוי אלא גם בהגנה על האינטרסים הנגדיים של תקינות ההליך ותדמיתו, אשר עליהם נועדו האיסורים להגן. זאת, משום שאופיים הבלתי ברור יוצר סכנה שהם לא ייאכפו אף במקרים בהם יש הצדקה עניינית לכך,⁹⁹ כפי שאירע, לדעת בית המשפט העליון, בעניין קליגר. פגמיו של איסור הסוב-יודיצה, ובראשם אופיו הגורף והעמום, מוליכים, אפוא, למסקנה שהוא חסר הצדקה. בשל הפגיעה הבלתי מוצדקת שהוא טומן לחופש הביטוי, שעל היבטיה השונים עמדנו כאן, איסור הסוב-יודיצה בישראל אינו עומד בסטנדרטים חוקתיים, בדומה לאיסורים מקבילים, הקיימים במדינות אחרות, אשר מבוססים על איסור הסוב-יודיצה של המשפט המקובל.¹⁰⁰

בעיה נוספת הקשורה לדרך אכיפת האיסורים היא הסטנדרט הכפול הננקט בישראל באכיפת איסור הסוב-יודיצה בכל הנוגע להליכים פליליים בהם המשטרה או רשויות התביעה הן צד להליך. בפועל לא נאכף האיסור ביחס לרשויות המדינה, אף כאשר הן יוזמות פרסומים בנושאים הנוגעים להליך.¹⁰¹ סטנדרט כפול זה יוצר חוסר איזון בין התביעה לנאשם מבחינת האפשרות להשמיע את גרסאותיהם באופן פומבי.¹⁰²

מסיבות אלה ראוי, בהנחה שיש מקום להטלת מגבלה על ביטויים העלולים להשפיע באופן פסול על הליך שיפוטי, לעצבה בדרך שונה מהאיסורים הקיימים. כפי שאסביר בהמשך, האפשרות הרצויה ביותר, לדעתי, היא להחליף את האיסורים הקיימים (המסתפקים, כאמור, בכלל עמום של חשש להשפעה שטיבה אינו ברור או של ניסיון פסול להשפיע שאינו מוגדר מעבר לכך) במגבלה (שצורתה תיבחן בהמשך) שתפרט בצורה בהירה ככל האפשר את סוגי הפרסומים הנופלים בגדרה בעיקר לאור תוכנם.

עריכתה של הבחנה בין סוגים שונים של פרסומים במסגרת האיסור היא הדרך הטובה ביותר לעיצוב המגבלה בשל שלוש סיבות עיקריות: ראשית, ההבחנה כזאת מתחייבת, לדעתי, מניתוח ענייני של הסוגייה מפני שהיא יכולה לשקף את מכלול ההיבטים עליהם עמדנו למעלה. שנית, היא עדיפה על-פני בחינה ישירה של הסתברות הסכנה, כפי שעושה איסור הסוב-יודיצה, בשל הקושי המעשי הכרוך בבחינה מהימנה כזאת. ולבסוף, היא תשפר מאוד את בהירות המגבלה.¹⁰³ לכאורה, הגבלת הכלל לסוגים מסוימים של פרסומים בלבד עלולה להקשות על הענקת הגנה מושלמת לאינטרס של תקינות ההליך, מפני שקשה לצפות ולהגדיר מראש בחקיקה את כל סוגי הפרסומים שעלולים להשפיע על הליכים שיפוטיים. אולם, לאמיתו של דבר, נראה שניתן לצפות את הסוגים העיקריים של פרסומים היוצרים סכנה אמיתית, להבדיל משולית, של השפעה אשר מצדיקה הגבלה של חופש הביטוי בתחום כה חשוב. מכל מקום, אין ספק שמגבלה כזאת תאפשר להתרכז באיסורים היוצרים סכנה אמיתית לפגיעה בתקינות ההליך או בתדמיתו.¹⁰⁴ כך תוענך הגנה טובה יותר הן לאינטרס של חופש הביטוי, והן לאינטרס של תקינות ההליך השיפוטי בהשוואה לאיסורים הקיימים, שרוחבם ועמימותם הוליו, כפי שראינו, להפיכתם כמעט לאות מתה.

כדי שתהיה משמעות אמיתית לשינוי צריכה קביעת סוגי הביטויים שאין לפרסמם להיעשות באופן ברור מספיק לשם הכוונת התנהגותם של כלי התקשורת וכדי שניתן יהיה לצפות מהם לפעול על-פי הכלל. לפיכך, לדוגמא, איני רואה טעם בכלל לפיו אין מקום לפרסומים "סנסציונים", למרות שסוג כזה של פרסומים עלול לפגוע בתקינותם ובתדמיתם של הליכים שיפוטיים. כלל מסוג זה אינו יכול, לדעתי, להוות בסיס טוב לא רק לאיסור פלילי אלא אף לכלל של אתיקה מקצועית שאינו מלווה בסנקציות עונשיות מפני שלא רק גבולותיו אלא אף גרעינו אינם ברורים.

מעבר לצורתו הפגומה של איסור הסוב-יודיצה הנוכחי, הצורך לבחון את הדין המצוי בסוגיית הסוב-יודיצה עולה גם מן העמדה המיוחדת שנקט בית המשפט העליון בישראל בהקשר הנדון בהשוואה לעמדתו הליברלית בסוגיית אחרות בהן עמד האינטרס בחופש הביטוי מול אינטרסים אחרים. עמדה זאת התבטאה בשתי הכרעות. ראשית, בהחלטה לאמץ את מבחן האפשרות

הסבירה של סכנה להשפעה על ההליך, להבדיל ממבחן הקרבה לוודאות שנוקט בהקשרים אחרים בהם נדונו שאלות של הגבלת חופש הביטוי. ושנית, בהתערבות יוצאת הדופן של בית המשפט הגבוה לצדק בשיקולי היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לאינטרס הציבורי שבפתיחת חקירה ובהעמדה לדין בעניין קליגר. מסיבות אלה תוארה פסיקת בית המשפט העליון בסוגיית הסוב-יודיצה כחריג לעמדתו הכללית בנוגע לחופש הביטוי, שמהווה את גולת הכותרת של מפעלו בתחום זכויות האדם.¹⁰⁵ בהקשר זה הועלתה גם הטענה כי בפרשנותו של איסור הסוב-יודיצה מעניקים בתי המשפט לעצמם הגנת יתר לעצמם בהשוואה למוסדות ואינטרסים אחרים.¹⁰⁶

סיבה נוספת לבחינה של איסור הסוב-יודיצה נוגעת למקורותיו ההיסטוריים. מקורו של האיסור, שבדומה לישראל, אומץ בנוסח דומה בשיטות משפט רבות המבוססות על המשפט המקובל, הוא בדיני ביזיון בית המשפט של המשפט המקובל האנגלי.¹⁰⁷ אף בשיטות המשפט הללו הכירו, עוד בשלבים מוקדמים, בכך שאיסור הסוב-יודיצה – שחל, בדומה לאיסור הסוב-יודיצה הישראלי, על כל פרסום העלול לפגוע בתקינותו של הליך שיפוטי – הינו רחב מדי ויש צורך לצמצמו כדי שיוכל להתקבל על הדעת. על נוסחו המקורי של האיסור בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל נמתחה ביקורת קשה לפיה אין לאיסור כוח כל הצדקה.¹⁰⁸ הכרה בהיקפו המוגזם של האיסור הייתה גם במסגרת הדין הנוהג, כבר בסוף המאה התשע-עשרה, כאשר בתי המשפט באנגליה יצרו, במטרה לצמצם את האיסור, את המושג של "ביזיון טכני" ("technical contempt"), כלומר, הפרה פורמלית של האיסור אשר אינה מצדיקה הרשעה.¹⁰⁹ מעבר לכך, כפי שנראה בהמשך, במאה העשרים נקבעו במדינות שונות שיטת המשפט שלהן מבוססת על המשפט המקובל כללים, חוקתיים, חקיקתיים ויצירי פסיקה, שנועדו לצמצם את האיסור מן המשפט המקובל.

בהקשר זה חשוב להזכיר במיוחד גם את גורלו של האיסור המקביל לאיסור הסוב-יודיצה במשפט המקובל שכאמור, הוא בעל דמיון רב לאיסור הישראלי בהיקפו הרחב ובעמימותו – באנגליה עצמה. בשנת 1973 הסתמך בית הלורדים האנגלי על המשפט המקובל בעת שהחליט על הוצאת צו מניעה שאסר על פרסומה של כתבה בעיתון **Sunday Times** אשר התייחסה

לאחריותה של חברת תרופות שנתבעה בהליכים אזרחיים בשל שיווקה של תרופה בעלת תופעות לוואי חמורות (פגיעה קשה בעוברים במקרה של נטילת התרופה על-ידי נשים הרות). למעשה, לא נוהלו הליכים אלה בבית המשפט אלא היוו את הרקע למשא ומתן שהתנהל במשך מספר שנים בין חברת התרופות למאות התובעים לקראת פשרה (שהושגה לבסוף). הכתבה התעדתה לדון בשאלות שנגעו לאחריותה של חברת התרופות וקראה לנציגיה של החברה לפצות את התובעים בסכום גבוה הרבה יותר מזה שהוצע על-ידם עד כה במסגרת המשא ומתן עם התובעים. בית הלורדים הורה על הוצאת צו מניעה האוסר על כל דיון באחריותה של חברת התרופות.¹¹⁰ השופטים השונים הצביעו על שני נימוקים עיקריים: החשש שדיון בנושאים שעתידיים להיות מוכרעים בהליך שיפוטי (prejudgment) יפגע בסמכותה של מערכת השיפוט באופן כללי¹¹¹ והלחץ שהופעל על חברת התרופות שחלק מן השופטים ראו אותו כפסול.¹¹² בעקבות הוצאת צו המניעה, עתר העיתון לבית הדין האירופי לזכויות אדם, בטענה שהוצאת צו המניעה נעשתה בניגוד לאמנה האירופית בזכויות אדם. על-פי האמנה, הגבלה של חופש הביטוי מהטעם של הגנה על סמכותם של בתי המשפט (prescribed by law) (the authority of the courts) צריכה להיות מעוגנת בדין (prescribed by law) ונחוצה (necessary) בחברה דמוקרטית.¹¹³ בית הדין האירופי קיבל בשנת 1979, ברוב דעות, את טענת העיתון בנוגע לטענה האחרונה.¹¹⁴ רוב השופטים קבעו כי יש לפרש את החריגים לעקרון חופש הביטוי מתוך גישה מצמצמת. כן קבעו כי פסק-הדין האנגלי לא עמד בתנאי של נחיצות המגבלה בחברה דמוקרטית¹¹⁵ וכי צו המניעה לא היה פרופורציונלי ביחס למטרה של הגנה על סמכותם של בתי המשפט. זאת, לאור האינטרס החזק בפרסום המידע בנושא, העובדה שלמעשה לא התנהלו הליכים שיפויים במועד הרלבנטי והעובדה שלא התנהלה חקירה שלטונית של נסיבות העניין.¹¹⁶ בעקבות פסק-דין זה נחקק בבריטניה בשנת 1981 חוק שהסדיר מחדש את הסוגייה,¹¹⁷ במטרה לצמצם את הפגיעה של כללי המשפט המקובל בחופש הביטוי ולהתאים את הדין הבריטי לדרישות האמנה האירופית לזכויות אדם.¹¹⁸

למרות שישראל, בניגוד לבריטניה, איננה כפופה פורמלית לאמנה האירופית לזכויות אדם, מצביעה הפסיקה האמורה של בית הדין האירופי על

הצורך לבחון את ההצדקה גם לאיסור הסוב-יודיצה הישראלי בשל הדמיון בינו ובין האיסור המקביל של המשפט המקובל.

יתר על כן, שיטת המשפט המקובל, כמו גם שיטות המשפט המודרניות המבוססות עליה, נבדלות משיטת המשפט הנהוגה בישראל בהיבט חשוב הנוגע לסוגיית הסוב-יודיצה – זהות השופטים: בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל מעורבים בשפיטה שופטים בלתי מקצועיים, הנבחרים לעתים לתקופה קצובה ומושבעים, בעוד שמערכת השפיטה הכללית בישראל מורכבת משופטים מקצועיים קבועים,¹¹⁹ אשר ההערכה המקובלת היא שסכנת ההשפעה של פרסומים עליהם היא פחות משמעותית.¹²⁰ האיסור הישראלי הנוכחי נקבע אמנם על-ידי המחוקק הישראלי, אולם דווקא עובדה זאת מעלה תמיהה בנוגע אליו. לאור ההנחה המקובלת לפיה סכנת ההשפעה וסכנת הפגיעה בתדמית השפיטה כחסרת פניות (כלומר, כבלתי מושפעת מפרסומים שאינם חלק מההליך) הן חמורות יותר ביחס למושבעים בהשוואה לשופטים מקצועיים, ניתן היה לצפות כי הדין הישראלי יקל יותר מבחינה זאת. אולם, כפי שנראה בהמשך, הדין הישראלי הוא חמור יותר מאיסורים מקבילים הקיימים במדינות בהן ישנן מושבעים, לרבות אנגליה עצמה.¹²¹

ולבסוף, יש להדגיש כי בחינת ההצדקה לאיסור הסוב-יודיצה דרושה למרות אכיפתו המועטה של האיסור. זאת, מפני שלעצם קיומו של האיסור יש השפעה ממשית על השיח הציבורי בישראל בנושאים הקשורים להליכים תלויים ועומדים. לעתים קרובות מועלית בדיונים ציבוריים הטענה (ואולי, לעתים, האמתלא?) שאין להתייחס לנושא מסוים משום שהוא בגדר "סוב-יודיצה".

יתר על כן, לאיסור יש השפעה גם מעבר למי שנכלל בהיקפו מבחינה פורמלית. כך, למשל, אין אפשרות לאכוף את האיסור ביחס לחברי כנסת בישראל לאור החסינות המוחלטת המוענקת להם מפני אחריות משפטית בשל פעילות, לרבות כמובן התבטאות, שנעשתה במסגרת מילוי תפקידם.¹²² אך, למרות זאת, נטען כי בישראל מגבילים חברי הכנסת את עצמם יתר על המידה בהקשר זה בכך שהם נמנעים מדיון בנושאים ציבוריים הנוגעים, או צפויים להיות נדונים, בבתי משפט מטעמים של סוב-יודיצה.¹²³ מצב דומה קיים באנגליה: אין מוטלות על הפרלמנט מגבלות פורמליות בהקשר זה, אך

למרות זה נוהג הפרלמנט האנגלי בריסון עצמי בנושאים הנדונים, או צפויים להיות נדונים, בבתי משפט.¹²⁴

נראה שהצורך ברפורמה של הדין הקיים בסוגיית הסוב-יודיצה בישראל (כמו גם, כפי שכבר ציינתי וכפי שנראה בהרחבה בהמשך, בשיטות משפט אחרות בהן קיימים כללים דומים), מוסכם על העוסקים בנושא, רובם ככולם. אף בכל הנוגע למגמתו הכללית של השינוי הרצוי, להבדיל מפרטיו, דומה שיש הסכמה רחבה על כך שהצורך בשינוי הוא בכיוון של מתן משקל רב יותר לחופש הביטוי¹²⁵ (למעשה, ככל שמדובר בשינוי הדין החקוק, זהו הכיוון היחיד בו ניתן לערוך שינוי שהרי, כאמור, איסור הסוב-יודיצה הנוכחי מקיף כמעט כל פרסום העשוי להשפיע על הליך שיפוטי). בספרות המשפטית בישראל הועלו מספר הצעות לצמצומו של איסור הסוב-יודיצה. ההצעה הקיצונית ביותר הייתה לשקול את ביטולו המוחלט של האיסור ולהסתפק באיסורים האחרים על מעשים הנעשים בכוונה להשפיע באופן פסול על הליכים שיפוטיים.¹²⁶ הצעה מתונה יותר הייתה להגביל את האיסור לפרסומים העלולים להשפיע על עדים בלבד, כאשר הכוונה בעיקר לפרסום של הודאה של חשוד שאיננה קבילה בבית משפט ובפרט לפרסום על עברו הפלילי של הנאשם.¹²⁷ הצעה אחרת הייתה לאמץ את הדין בארצות הברית בכל הנוגע לחומרת הסכנה¹²⁸ ולהגביל את האיסור הגורף לפרסום עובדות שלא הובאו במסגרת ההליך ולמתן פרשנות לעובדות הנוגעות להליך.¹²⁹

בהצעות אלה ואחרות בנוגע להיקפו הראוי של איסור הסוב-יודיצה נדון בהרחבה בהמשך בעת שאעסוק בשאלה האם יש מקום להגבלה מסוג זה, ואם כן – כיצד יש לעצבה. כאן חשוב לעמוד רק על היבט כללי אחד, שחוזר ועולה בהקשר הנדון, והוא החשיבות של הניתוח הענייני של השיקולים בסוגייה וההימנעות מהנטייה להכללות בלתי מבוססות, אשר קיימת בטיעונים רבים בסוגייה. כך, למשל, יש לדחות טענות מהסוג שהועלה, בין השאר, בישראל, אשר לפיהן יש להניח העדר של אפשרות השפעה של פרסומים על שופטים, מפני שופט אשר עשוי להיות מושפע מפרסומים כאלה "אינו ראוי להיקרא שופט". כן יש לדחות את הטענה המועלית ברוח דומה לפיה למרות קיומה של סכנה של השפעה על תת-ההכרה של פרסומים על שופטים, אף כאשר מדובר בשופטים מקצועיים, יש להתעלם ממנה מפני שהיא מוליכה "למערבולת של

אפשרויות בלתי מוגבלות ומרחיקות לכת" בנוגע להשפעה על השופט ממגוון של מקורות.¹³⁰ כך גם יש לדחות את הטענות הגורפות לפיהן יש לבטל האיסור בשל חוסר יעילותו. כך, נטען בארצות הברית כי אין מקום לאיסור כזה מפני שגם אם המטרה של השפעה חיצונית היא ראויה, היא איננה מעשית, מכיוון, שכמו כל אדם, שופטים מושפעים ממגוון של סיבות (אמונות, אינטרסים, לחצים, טעמים, דעות קדומות) ואינם יכולים להכריע רק על סמך הראיות והטענות שהוצגו בהליך המסוים.¹³¹ ברוח דומה הוצע לבטל את האיסור בישראל בנימוק שאין אפשר למנוע השפעה של דיונים ציבוריים בחברה על שופטים.¹³² טענה נוספת שעולה לעתים קרובות היא שלאור התפתחות כלי התקשורת בתקופה האחרונה, ובמיוחד השימוש ברשת האינטרנט כאמצעי לפרסום, אין אפשרות לפיקוח ולמניעת פרסומים ולכן אין טעם בהטלת מגבלות על כך.¹³³ לאחרונה אושרה בכנסת בקריאה טרומית הצעת חוק לביטול איסור הסוב-יודיציה אשר נבעה מנימוקים ברוח הנימוקים האמורים. הסיבה המרכזית להצעה הייתה הנימוק האחרון בדבר חוסר היכולת לפקח על זרימת המידע ועל כך שבפועל מהווה האיסור "אות מתה." מסיבות אלה הציע יוזם ההצעה לבטל את האיסור ולסמוך על מקצועיותם של השופטים.¹³⁴ כל הטענות הללו אינן מוצדקות בשל ההכללה שהן לוקות בה. כאשר בוחנים טענות כאלה יש לזכור את הדברים הבאים.

ראשית, יש להתייחס רק להשפעות פסולות של ביטויים על הליכים שיפוטיים. חלק מההשפעות על שופטים הן לגיטימיות וברור שאין ללמוד מהן דבר על ההצדקה לקביעת מגבלה בנושא או על יעילותה.

שנית, הקושי לבחון את השפעתם (הפסולה) של פרסומים על הליך השפיטה הוא ממד חשוב בסוגיית הסוב-יודיציה, שראוי להתחשב בו, והוא עשוי אף להוות גורם מכריע, לפחות בהקשרים מסוימים. אולם, ברור שאין מקום לגזור מהקושי להעריך את ההשפעה האמורה את המסקנה שאין השפעה כזאת או שראוי לעצום עיניים ולהתעלם ממנה.

כך, גם הקושי, או אף חוסר האפשרות, למנוע מידה מסוימת, או סוגים מסוימים, של השפעה (פסולה) של פרסומים (או של גורמים אחרים) על הליך השפיטה, מהווה שיקול אשר שיש להתחשב בו. אולם, שיקול זה – שחל בבסיסו ביחס לרוב המכריע, אם לא לכל, סוגי ההגבלות על ביטויים – אינו

מחייב את המסקנה שאין כל אפשרות להתמודד על הסכנה האמורה ושיש להרים ידיים לחלוטין בתחום זה. אמנם, להגבלות על ביטויים, להבדיל מהגבלות על סוגים אחרים של פעולות, יש ייחוד מבחינה זאת. אולם, כפי שאסביר בהמשך, גם בהקשר הנדון, כמו ברוב ההקשרים, השאלה איננה של "הכל או כלום" ויש משמעות גם להצלחה חלקית.¹³⁵ לכן, העדר האפשרות להשיג הצלחה מלאה אינו צריך להוליך בהכרח למסקנה שיש לוותר לאורך כל הדרך.

ולבסוף, העובדה שאיסור הסוב-יודיצה הקיים מהווה "אות מתה" בישראל אינה מלמדת שאין מקום לכל מגבלה בנושא, הן מפני שמדיניות האכיפה הנוכחית איננה בהכרח מוצדקת ובמיוחד מפני שיש לייחס את העדר האכיפה בתחום בעיקר לנוסחו הפגום של האיסור הקיים, כפי שהוסבר לעיל.

בכל ההיבטים האמורים, כמו גם באחרים, יש לבחון את השיקולים השונים ואת הקשיים והבעיות שהם מצביעים עליהם באופן ענייני לגופם.*

* אנו מודים ליובל אלבשן על עזרתו במחקר.