

האינטרסים הרלבנטיים

בפרק זה אעמוד באופן כללי על האינטרסים הרלבנטיים העיקריים לסוגיית ההגבלה של ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים ועל היחס ביניהם. הדיון יהיה כללי בלבד מפני, שכפי שהסברתי, כדי להגיע למסקנות נורמטיביות יש לבחון את האינטרסים השונים בהקשרים ספציפיים. מטרת הדיון בפרק זה היא לעמוד על נקודות המוצא ועל מספר היבטים כלליים שיהוו תשתית לדיון בהמשך. האינטרסים שיוצגו בפרק זה הינם האינטרסים העיקריים בלבד שיש להם רלבנטיות לסוגייה האמורה. כפי שנראה בהמשך, בהקשרים שונים עשויים לעלות אינטרסים נוספים, כשם שהיבטים מיוחדים של האינטרסים הכלליים עשויים לחול באופן חזק במיוחד או לאבד מעוצמתם.

1. חופש הביטוי העוסק בהליך השיפוטי

כאמור, טיב ועוצמת האינטרס בחופש הביטוי משתנים באופן משמעותי מהקשר אחד לאחר. הבדלים כאלה קיימים גם בתחום הצר יותר של הביטויים הנוגעים להליכים שיפוטיים. לכן, כדי לבחון את האינטרס האמור יש להתייחס לסוג הביטוי העומד על הפרק, דבר שאעשה בהמשך. עם זאת, ניתן לציין מספר היבטים כלליים של האינטרס בחופש הביטוי הנוגע להליך השיפוטי.

נקודת המוצא היא של פומביות ההליך השיפוטי. עקרון זה מבוסס על מספר טעמים שמהווים ברובם היבטים שונים של הטעמים הכלליים יותר בזכות חופש הביטוי.¹³⁶

ראשית, הליך השפיטה מהווה פעילות שלטונית, הנעשית בשם האזרחים ולמענם. לכן, נקודת המוצא היא זכות של האזרחים לקבל כל מידע על הליך שלטוני או המצוי בידי רשויות השלטון. תפישה זאת קיבלה לאחרונה ביטוי חקיקתי מפורש בישראל בחקיקתו של חוק חופש המידע הקובע שבהעדר שיקולים נוגדים מכריעים, זכאי כל אדם לקבל מידע בנוגע לרשויות השלטון ולתפקודן.¹³⁷

שנית, יש חשיבות רבה למעקב ציבורי פומבי אחר תפקודן של רשויות השלטון, ובפרט אחר דרך התנהלות ההליך השיפוטי, כאמצעי ביקורת. ראשית, במובן של עידוד חשיבה מחודשת על המוסד השיפוטי באופן כללי ועל הכללים המהותיים שהוא מיישם. ושנית, לשם הבטחת תפקוד נאות, כלומר, למען תקינותו של ההליך השיפוטי. במובן זה האינטרסים של פומביות ותקינות ההליך עולים בקנה אחד. פומביות ההליך השיפוטי תורמת, ככלל, לתקינותו של ההליך בכך שהיא מאפשרת פיקוח וביקורת עליו לשם תיקונן של תקלות. פומביות ההליך מהווה גם גורם מרתיע מפני פעולה בלתי חוקית (המנוגדת לכללי ההליך). הן כלפי כלל הציבור ובפרט כלפי המעורבים בהליך. העובדה שההליך הוא פומבי יכולה, למשל, להרתיע עדים מלהעיד עדות שקר שכן הסיכוי שהאמת תצא לאור גדל ככל שגדל מאגר האנשים המודעים לנעשה בהליך. חשיפתם של הליכים שיפוטיים לדיווח עשויה גם לשפר את התנהגותם של המעורבים בו מעבר לדרישות הפורמליות של החוק, בייחוד כאשר מדובר באנשים שזהו תפקידם הקבוע. ניתן להניח, למשל, כי תובעים ושופטים היודעים שמעשיהם מפורסמים יתפקדו באופן טוב יותר.¹³⁸ פומביות אמנם אינה תנאי הכרחי לתפקוד נאות בכל מקרה ומקרה ולעתים היא עשויה דווקא לפגוע בתקינותו של ההליך,¹³⁹ אך אין ספק שכלל של פומביות יתרום יותר לתקינות ההליך מאשר כלל הפוך.

פומביות בנוגע לאופן תפקודן של רשויות השלטון היא חשובה גם לשם יצירת אמון של הציבור בכך שרשויות אלה מתפקדות כראוי.¹⁴⁰ במקרים מסוימים פומביות של הליכים שיפוטיים היא תנאי להשגת

מטרותיהם. למשל, במסגרת המשפט הפלילי, פומביות, ברמה מסוימת, היא תנאי הכרחי לשם השגת המטרות המשלימות של שמירת אמון הציבור בתוקפן של הנורמות ושל הרתעה כללית מפני הפרתן. בפרט, פומביות ההליך מאפשרת קתרזיס ציבורי הנובע מהטיפול המשפטי בתופעות חברתיות, במיוחד הרשעת וענישת אנשים שביצעו פשעים חמורים.¹⁴¹ כמו כן, פומביות עשויה לעורר את המודעות של הציבור למוסדות השיפוטיים וכך למנוע עשיית דין עצמית.¹⁴²

ולבסוף, פומביות ההליך השיפוטי עונה על הצורך של חלק מבעלי הדין להביע את טענותיהם ברבים.¹⁴³ בפרט, פומביות מאפשרת לבעלי דין להציג בעיות מסוימות לדיון ציבורי (מעבר למישור המשפטי שנדון בהליך עצמו), וכך לתרום לקידום רפורמות חברתיות באופן כללי.¹⁴⁴

מסיבות אלה נהוג כלל הפומביות כנקודת מוצא בכל המשטרים הדמוקרטיים.¹⁴⁵ כלל הפומביות זכה אף לעיגון חוקתי הן בחוקת ארצות הברית¹⁴⁶ והן באמנה האירופית לזכויות אדם.¹⁴⁷ גם בישראל נתפש הכלל של פומביות השפיטה כעיקרון חוקתי,¹⁴⁸ והוא קבוע בישראל בחוק יסוד: השפיטה.¹⁴⁹ עיקרון זה כפוף לחריגים המבוססים על טעמים מיוחדים. בישראל ישנה הבחנה בין חריגים בחוק העוסקים בעילות לסגירת ההליך כולו בפני הציבור,¹⁵⁰ ובין חריגים העוסקים בעילות לאיסור פרסום חלקי על ההליך¹⁵¹ (בפועל, המגבלות המשמעותיות ביותר המוטלות על פומביות ההליך נעשות בישראל בהקשרים ביטחוניים, בהם לעתים אף מוסתר עצם קיומו של ההליך).¹⁵²

מנקודת המוצא של עקרון הפומביות של הליכים שיפוטיים נגזרת נקודת המוצא של חופש הביטוי הנוגע להליכים שיפוטיים, מפני שמטרותיו של עקרון הפומביות יכולות להיות מושגות רק באמצעות פרסומים בכלי התקשורת.¹⁵³

פומביות ההליך השיפוטי מהווה היבט ראשוני וחשוב של האינטרס בחופש הביטוי הנוגע להליך השיפוטי, אך היבט זה איננו ממצה את האינטרס האמור. פיקוח משמעותי על דרך התנהלותו של ההליך השיפוטי מחייב לא רק חופש מידע ודיווח על ההליך, אלא גם, ואולי אף בעיקר, חופש דיון בנושאים הקשורים להליך. דיון כזה הוא הכרחי כדי להעריך את העובדות

הגלויות וכדי ליצור פיקוח אמיתי.¹⁵⁴

אמנם, כפי שנראה בהמשך, לא תמיד עולה חופש ביטוי בקנה אחד עם תפקוד תקין של המערכת השיפוטית. אולם, מהסיבות שפורטו בסעיף זה נדרש, ככלל, טעם חזק כדי להצדיק הטלת מגבלה על ביטויים הנוגעים להליך שיפוטי. הצדקה כזאת צריכה להיות חזקה במיוחד כאשר סוג הביטוי העומד על הפרק הוא כזה המעניק עוצמה מיוחדת לשיקולים האמורים או מעלה טעמים נוספים להתרתו.

הגבלת חופש הביטוי הנוגע להליכים שיפוטיים עשויה להיות משמעותית מאוד במקרים מסוימים, שכן חלק מהנושאים המתעוררים בהליכים שיפוטיים הם בעלי חשיבות רבה.¹⁵⁵ אמנם, המגבלה המוטלת על ביטויים לשם הגנה על תקינותם של הליכים שיפוטיים היא זמנית, לכל היותר החל מעת שההליך הוא צפוי ועד לסיומו.¹⁵⁶ אולם, תקופה זו יכולה להתמשך לפרק זמן ארוך – לרוב של חודשים ולעתים אף שנים – והגבלת הדיון בתקופה זאת, בה מושך הנושא את עיקר ההתעניינות הציבורית, עלולה להוות פגיעה קשה בחופש הביטוי, שלעתים שקולה בחומרתה למניעה מוחלטת.¹⁵⁷

כבר ציינתי כי עבירת הסוב-יודיצה בישראל אינה מהווה הסדר נאות בכל הנוגע להענקת משקל ראוי לחופש הביטוי. האיסור שהיא קובעת על השמעת כל ביטוי שיוצר סכנה להשפעה על מהלכו או תוצאותיו של הליך שיפוטי מתעלם ללא הצדקה מהאינטרס בחופש הביטוי ומהצורך להגן על ביטויים שערכם רב,¹⁵⁸ ובפרט מן ההבחנות בין סוגים שונים של ביטויים. התעלמות זאת עשויה לנבוע ממקור האיסור – המשפט המקובל – שלא ייחס חשיבות מספקת לאינטרס בחופש הביטוי.¹⁵⁹ כפי שנפרט בהמשך, המגמה במשפט המקובל הייתה של העדפת האינטרס בהבטחת הליך תקין על-פני האינטרס בחופש ביטוי.¹⁶⁰ דיני הביזיון במשפט המקובל, שחלו על כל פרסום היוצר סכנה לתקינותו של הליך שיפוטי, לא כללו סייג כללי לפיו האינטרס בפרסום עשוי לרחות את הטעמים בהגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים. ישנם רק מספר פסקי-דין מהם ניתן להסיק הגנה, שהיקפה המדויק איננו ברור, של דיון בעניינים ציבוריים היוצר סיכון משני בלבד להשפעה על הליך שיפוטי.¹⁶¹ המגמה של אי הענקת משקל עצמאי

לאינטרס בחופש ביטוי קיימת, אם כי במידה פחותה, גם כיום בשיטות משפט המבוססות על המשפט המקובל ובראשן בריטניה. דוגמא מובהקת לגישה האמורה היא פסק-הדין בעניין **Sunday Times**, בו העדיף בית הלורדים הבריטי באופן מוחלט את האינטרס בהבטחת הליכים שיפוטיים תקינים על-פני חופש הביטוי ודחה את הגישה לפיה יש לערוך איזון בין האינטרסים כאשר יש סכנה ממשית לאינטרס הראשון.¹⁶² חלק מן השופטים אף קבעו כלל האוסר על כל דיון בנושא שעתיד להידון בהליך שיפוטי ללא תלות באינטרס שבפרסומו.¹⁶³ גם החוק הבריטי משנת 1981 אשר מגביל במספר היבטים את האחריות החמורה (שאינה מותנית ביסוד נפשי) על-פי המשפט המקובל בגין פרסום העלול להשפיע על הליך שיפוטי, חל על כל סוגי הביטויים ואינו כולל סייג כללי המתיר ביטויים שיש להם ערך מיוחד. בדומה למשפט המקובל, החוק כולל רק הגנה של דיון בעניין ציבורי שהוא משני בלבד להליך השיפוטי ולא הגנה כללית של אינטרס ציבורי בפרסום המתמקדת בערך הביטוי.¹⁶⁴

2. הליך שיפוטי תקין במובן של העדר השפעה חיצונית פסולה

כפי שהזכרתי בפתח הדברים, הרציונל למגבלות על ביטויים העלולים להשפיע הליכים שיפוטיים הוא ההגנה על תקינות ההליך או ההגנה על תדמיתו כתקין, במובן של העדר השפעה חיצונית עליו. בסעיף זה אבחן את חלקו הראשון של הרציונל העוסק במניעת השפעה ממש, להבדיל מרושם של השפעה, אשר בה אעסוק בסעיף הבא. עם זאת, כפי שנראה, בין שני הרציונלים הללו קיים קשר הדוק המחייב לעתים התייחסות משולבת אליהם. לאור ההסכמה הרחבה על חשיבותו של האינטרס בתקינותם ובתדמיתם התקינה של הליכים שיפוטיים, כלומר, בהכרעה צודקת, אין צורך להיכנס כאן לדיון בטעמים עליהם הוא מבוסס. ראוי רק לציין, כי הכוונה היא לא רק לחתירה לצדק במובנו המהותי-תוצאתי אלא גם לחתירה לצדק במובנו הפרוצדוראלי, המבוססת הן על שיקולים אינטרינזיים והן על שיקולים תוצאתיים, הנגזרים ממטרות המשפט באופן כללי, ונוגעים, בין השאר,

למשמעות ההכרה באדם כסובייקט, ובכבוד הנגזר מכך שראוי לנקוט לגביו, לתפישה בנוגע לטיב היחסים הראויים בין השלטון לפרט ולנכונות של אנשים לקבל הכרעות שיפוטיות (אשר תלויה במידה רבה בדרך ניהולו של ההליך).¹⁶⁵ האינטרס בתקינותו של ההליך השיפוטי, בין השאר במובנים הנוגעים לעניינינו, מוכר כאינטרס לגיטימי למעשה בדין הפנימי של כל המדינות ואף מעוגן במסמכים בינלאומיים רבים.¹⁶⁶ יתר על כן, תקינותו של ההליך הפכה, עם הזמן, למרכיב כה משמעותי של ההליך השיפוטי עד שכיום אנו נוטים להגדיר הליכים שיפוטיים, בין השאר, לאור היבט זה.¹⁶⁷ מרכיבו הבסיסיים של אינטרס זה הם משותפים לכל שיטות המשפט, אך ישנם הבדלים בנוגע לפרטיו, בהתאם להבדלים הקיימים בין הכללים המהותיים והדיוניים בשיטות המשפט השונות. כך, למשל, ניתן להבחין בין סוגי הכללים הדיוניים הקיימים בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל שהם רבים יותר ונוקשים יותר בשל טיבו האדוורסרי של ההליך, מצד אחד, ובשיטות המשפט הקונטיננטליות-אירופאיות בהם ניתן, ככלל, שיקול דעת דיוני רב יותר לשופט.¹⁶⁸ במחקר זה אתמקד בכללים הדיוניים הרלבנטיים לשיטת המשפט הישראלית.

חשיבותו של האינטרס בתקינותו של ההליך השיפוטי מתבטאת בכך שלעתים קרובות הוא מעוגן כעקרון חוקתי, במיוחד בנוגע להליכים פליליים (בהמשך אעמוד על החשיבות המיוחדת של אינטרס זה במישור הפלילי¹⁶⁹). למשל, חוקת ארצות הברית מתייחסת לאינטרס זה במישור הפלילי כאשר היא קובעת כי נאשם בהליך פלילי זכאי למשפט מהיר ופומבי על-ידי חבר מושבעים חסר פניות ("a speedy and public trial, by an impartial jury").¹⁷⁰ הצ'רטר הקנדי קובע עקרון דומה לפיו נאשם בהליך פלילי זכאי למשפט פומבי והוגן שיערך תוך פרק זמן סביר על-ידי טריבונל עצמאי וחסר פניות ("a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal").¹⁷¹ באמנה האירופית לזכויות אדם מופיע נוסח דומה מאוד, לפיו כל אדם זכאי למשפט פומבי והוגן על-ידי טריבונל עצמאי וחסר פניות, תוך החלתו לא רק ביחס לאישום פלילי אלא גם ביחס לעניין אזרחי.¹⁷² בישראל ישנה התייחסות להיבט האמור בהצהרת האמונים אשר כל שופט נדרש להצהיר בה כי הוא מתחייב "לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא

להטות משפט ולא להכיר פנים.¹⁷³

כדי לבחון את ההגנה שיש להעניק לאינטרס זה בהקשר הנדון ואת המידה בה הוא עלול להיפגע מביטויים הנוגעים להליך השיפוטי יש לבחון את היקפו. לשם כך יש לבחון מה עומד בבסיסו של האינטרס האמור. לפני שנפנה לכך אזכיר שחופש הביטוי מהווה אמצעי חשוב להבטחת תקינותם של הליכים שיפוטיים.¹⁷⁴

■ הרציונל להגנה על ההליך השיפוטי מפני השפעת ביטויים

- הגנה על דרך קבלת החלטות מסוימת

ההגנה על תקינותו של ההליך השיפוטי או, ליתר דיוק, העדר השפעה חיצונית עליו, מבוססת על התפישה כי הכללים שהיא קובעת מהווים דרך הכרעה צודקת בסוגיות שנויות במחלוקת. מהו היקפו של רציונל זה? שאלה זאת עולה ביחס לארבעה מישורים: סוג הכללים הנכללים במסגרת הרציונל, סוג ההליכים שלגביהם הוא חל, מושא ההשפעה וסוג ההשפעה. בסעיף זה נבחר את משמעות השאלה האמורה בכל הקשר ואת נקודת המבט אשר ממנה יש לבחנה. התשובה המלאה להיבטים השונים של השאלה האמורה תיעשה במהלך הדיון.

המישור הראשון הוא סוג הכללים הנכללים במסגרת הרציונל האמור. כל שיטת משפט קובעת כללים שמטרתם להגיע להכרעה צודקת, בעיקר באמצעות הבטחת ברור ענייני ומסודר של השאלות העובדתיות והנורמטיביות הנוגעות לעניין לאור אמות-מידה מסוימות (אם כי יש הבדלים, לעתים משמעותיים, בין שיטות משפט שונות בנוגע לתוכן הכללים הללו). השאלה היא על אילו כללים יש להגן? הגנה מוחלטת על כל הכללים פירושה שכל ביטוי הנוגע להליך יעבור דרך ההליך וייעשה בהתאם לכללים אלה. ברור שאין מקום להגנה כזאת – אף אם מתחשבים באינטרס של תקינות ההליך בלבד. העיקרון המנחה צריך להיות הגנה רק על הכללים שהפרה שלהם תהווה השפעה פסולה על ההליך אשר תסכל את מטרתם של הכללים, כמו, למשל, הכלל לפיו ההכרעה השיפוטית צריכה להיעשות ללא משוא פנים. מסיבה זאת יש לדחות גם את הטענה המצומצמת יותר, לפיה סדרי

הדין ודיני הראיות נועדו לחסום השפעות בלתי מבוקרות על השופט.¹⁷⁵ חלק מסדרי הדין ומדיני הראיות אכן נועדו לשם כך, אך לא כולם. חלקם אינם מיועדים למנוע השפעה פסולה אלא למטרות אחרות. למשל, הכללים הקובעים את הסדר (הכרונולוגי) אשר לפיו טוענים הצדדים את טענותיהם במסגרת ההליך. כללים אלה נועדו לשמור על סדר במסגרת ההליך, וסטייה מהם אינה משפיעה על ההליך באופן פסול כלשהו. לכן, האינטרס של תקינות ההליך אינו נפגע, למשל, מפרסום המתאר את ההליך שלא באופן מילולי אלא מתמצת אותו. לעומת זאת, ישנם כללים שסטייה מהם גם מחוץ להליך עלולה להשפיע על ההליך באופן שיסכל את מטרותם. הדוגמא הבולטת ביותר לכללים כאלה היא דיני קבילות ראיות, הקובעים סוגים של מידע שאסור להתחשב בו במסגרת ההכרעה, למרות שהוא נוגע לעניין הנדון בהליך.

עמדתו העקרונית של איסור הסוב-יודיצה בישראל תואמת את המסקנה האמורה, לפיה יש להגביל את ההגנה לכללים שהפרתם עשויה להשפיע על ההליך, בכך שהאיסור מוגבל לביטויים העלולים להשפיע על מהלך ההליך או על תוצאתו.

המישור השני בו עולה שאלת היקפו של האינטרס במניעת השפעה פסולה הוא סוג ההליכים שלגביהם הוא חל. לכאורה, יש מקום להגן על כל פעולה שלטונית הנעשית בהתאם לכללים שסטייה מהם, גם שלא במסגרת הפעולה, תסכל את מטרותם. גישה כזאת מקיפה מגוון רחב מאוד של פעולות שלטוניות שבמסגרתן יש שיקול דעת. האיסור על השפעה פסולה צריך להתמקד בפעולות שלגביהן יש חשיבות מיוחדת למניעת השפעה כזאת. הפעולה הבולטת מבחינה זו היא ההכרעה השיפוטית. בהקשר זה עולות שתי שאלות. ראשית, האם יש אינטרס משמעותי להגן על כל סוגי ההליכים השיפוטיים?¹⁷⁶ ושנית, האם יש אינטרס כזה להגן גם על הליכים שאינם שיפוטיים?¹⁷⁷ התשובה לשתי השאלות תלויה במאפיינים של כל הליך ובחשיבות הנובעת מהם של שמירה על כלליו מפני השפעה.

המישור השלישי שלגביו יש לבחון את היקפו של הרציונל במניעת השפעה בלתי רצויה הוא מושא ההשפעה. גרעין הרציונל מתייחס אל תוצאת ההליך, כלומר, ההכרעה הסופית. השאלה האם יש להרחיבו מעבר לכך, עולה בשני הקשרים.

השאלה הראשונה היא האם יש להגן גם על ההחלטה לנקוט בהליך, כלומר, על החלטתו של צד להליך להגיש תביעה, להתפשר או לערער? התשובה לשאלה זאת תלויה בשאלה המקדמית האם יש אינטרס להגן על כללי ההחלטה בנוגע לנקיטה בהליך.¹⁷⁸

השאלה השנייה היא האם יש להגן גם על דרך קבלת ההחלטה במסגרת ההליך, כלומר, על מהלכו של ההליך והאופן בו מגיעים לתוצאה. לשאלה זאת יש חשיבות מעשית במקרים בהם ההשפעה הפסולה על דרך קבלת ההחלטה לא השפיעה גם על התוצאה. עקרונית, עשוי להיות מקום להגנה כזאת, אף אם המטרה הסופית היא להגן רק על תוצאת ההליך, משום שפגמים בהליך עלולים לגרום לעיוות התוצאה. כמו כן, הגנה על דרך קבלת ההחלטה דרושה גם כדי להגן על האינטרס השני, של אמון הציבור בהליך (אף במובן הצר של תוצאת ההליך בלבד), אשר בו נדון בסעיף הבא. איסור הסוב-יודיצה הישראלי אימץ גישה זאת במפורש בכך שהוא כולל במסגרתו לא רק ביטויים העלולים להשפיע על תוצאת ההליך אלא גם כאלה העלולים להשפיע על מהלכו.

המישור האחרון בו יש לבחון את היקף הרציונל בתקינות ההליך השיפוטי, הוא סוג ההשפעה שמבקשים למנוע. בהקשר זה חשוב לעמוד על ההבחנה בין השפעה לגיטימית, שאינה פוגעת באינטרס הראוי להגנה ולכן ממילא אין מקום לשקול למנועה, להשפעה פסולה, שעשויה להיות הצדקה להתמודד עימה. חלק מהמגבלות הקיימות על ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים, לרבות איסור הסוב-יודיצה בישראל, מתעלמים לחלוטין מההבחנה האמורה, אשר אליה נפנה כעת.

■ ההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה

איסור המיועד להגן על האינטרס של תקינות ההליך השיפוטי¹⁷⁹ צריך להיות מוגבל להשפעות פסולות, כלומר, להשפעות העלולות לפגוע בתקינותו של ההליך. לא כל ההשפעות החיצוניות על ההליך הן כאלה. ישנן השפעות לגיטימיות שאינן פוגמות בתקינות ההליך, משום שאינן מנוגדות לכללים שנועדו להבטיח את תקינותו של ההליך. יתר על כן, ישנן השפעות שהן לא

רק לגיטימיות אלא אף רצויות מבחינת האינטרס של תקינות ההליך. לדוגמא, חשיפה בכלי תקשורת של ראייה (קבילה) הנוגעת לאישום פלילי ומצביעה על חפותו של הנאשם אשר לא הייתה ידועה לצדדים להליך.¹⁸⁰ הבאתה של ראייה כזאת לידיעת המשתתפים בהליך עשויה למנוע הרשעה בלתי מוצדקת של אדם חף מפשע. דוגמא אחרת היא של חשיפת מידע הנוגע למהימנותה של ראייה שהוגשה בהליך. כך, למשל פרסם עיתון באנגליה כי אחד העדים המרכזיים במשפט פלילי קיבל מעיתון תשלום ששיעורו תלוי בתוצאת ההליך, פרסום שהולך רבים מן המושבעים שלא לייחס מהימנות לעדותו.¹⁸¹ פרסום זה השפיע, אפוא, על ההכרעה בהליך, אך, בהנחה שהוא נכון, השפעה זאת היא חיובית.

ההבחנה בין השפעות לגיטימיות לפסולות היא הסיבה העיקרית לכך שעדיף להגדיר את האינטרס המוגן על-ידי איסור הסוב-יודיצה לא כ"טוהר" ההליך השיפוטי – מונח שמצביע על ניתוק מוחלט מהשפעות חיצוניות – אלא כתקינותו.¹⁸²

ההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה כרוכה במורכבות העולה מההיבט של ביקורת הפרסום במסגרת ההליך. גם כאשר הפרסום הוא לכאורה לגיטימי, הוא עלול לפגוע באינטרסים של תקינות ההליך ושל תדמיתו כאשר אין הוא נבחן לאור מספר כללים מרכזיים של ההליך השיפוטי שנועדו להבטיח ביקורת של המידע, כגון הכלל המעניק לבעלי הדין זכות להגיב על מידע וטענות המוצגים בהליך וכך להסבירם, או הכלל המאפשר לבעלי הדין לחקור עדים מטעם בעל הדין האחר חקירה נגדית. במקרים מסוימים אפשר לפתור בעיה זאת על-ידי העברת הפרסום "דרך ההליך", כלומר, באמצעות הצגתו על-ידי הצדדים להליך במסגרתו, כך שאמצעי ביקורת אלה יופעלו לגביו. אולם, אין אפשרות להבטיח בחינה כזאת בכל המקרים. סיבה אחת לכך היא שבשיטת משפט אדברסרית, כמו זו הנהוגה בישראל, מסורה הצגת הראיות והטיעונים לצדדים, וייתכן שלאף אחד מהם לא יהיה אינטרס להציג ראייה או טיעון מסוים למרות שהם רלבנטיים לעניין. סיבה אחרת היא שלא תמיד ההתייחסות לפרסום במסגרת ההליך היא מעשית. לדוגמא, לכאורה אין פסול בפרסום המביע דעה עקרונית, במישור הנורמטיבי, הנוגעת לעניין העומד על הפרק.¹⁸³ אולם, כמעט תמיד יהיה זה

בלתי אפשרי להתייחס לכל הדעות הנוגעות לנושא במסגרת ההליך. כאשר מדובר במקרים המעוררים עניין ציבורי רב ייתכן שאף התייחסות לדעות שהובעו במפורש ביחס לעניין הנדון בהליך, תהיה בלתי מעשית.

עקרונית, יש לשאוף לכך שתיעשה בחינה של הפרסום במסגרת ההליך, כאשר הדבר אפשרי. בחינה כזאת נראית אפשרית תמיד כאשר מדובר בפרסום של ראייה הנוגעת לעניין, כמו בדוגמא של פרסום ראייה, על חפצו של נאשם בהליך פלילי. כאשר מדובר בסוגים אחרים של פרסומים, כמו הבעת דעה במישור הנורמטיבי או ניתוח של ראיות שהובאו במסגרת ההליך, הקושי הוא, כאמור, רב יותר. עם זאת, נראה שראוי לנקוט בעמדה לפיה שופט שנוטה לאמץ דעה או הערכה עובדתית מהסוגים האמורים, שפורסמה מחוץ להליך, יודיע על כך לצדדים להליך ויבקש את התייחסותם לפרסום. אולם, גם נקיטה באמצעי זה לא תפתור את כל הבעיה. אחת הסיבות לכך היא שההשפעה על השופט היא לעתים קרובות עדינה ומורכבת ולא נובעת תמיד מפרסום מסוים שאפשר לשים עליו את האצבע. בנוסף, טכניקה כזאת לא תפתור את בעיית הפגיעה באינטרס האחר של אמון הציבור בכך שההליך לא הושפע מהפרסום. לכן, נראה שבסופו של דבר תמיד תיוותר הבעיה האמורה של העדר בחינת הפרסום במסגרת כללי ההליך.

עם זאת, אין להסיק מכך שיש אינטרס לאסור על כל פרסום הנוגע להליך. יש להבחין בהקשר זה בין סוגים שונים של פרסומים מבחינת תרומתם לתקינות ההליך ומבחינת הסכנה הטמונה בהם לאינטרס זה. לדוגמא, כאשר מדובר בפרסום של דעה עקרונית במישור הנורמטיבי בנוגע לשאלה שנדונה רבות, כמו, למשל, ההצדקה לענישה המכוונת למטרה של הרתעה כללית, הרי שברוב המקרים המאזן – אף מבחינת האינטרס של תקינות ההליך בלבד – ייטה לטובת הפרסום. הסיבה לכך היא, שמצד אחד, דעות כאלה עשויות לתרום לכך שההכרעה תהיה צודקת, ומצד שני, פרסומן אינו יוצר סכנה לתקינות ההליך מפני שברוב המכריע של המקרים העברתם במסגרת ההליך לא תתרום דבר. כך גם בנוגע להערכה עובדתית כללית, למשל, מידת ההשפעה של ענישה על ההרתעה הכללית. גם פרסום כזה עשוי לתרום להכרעה ואף לגביו אין מקום לצפות לתרומה של ממש עקב בחינתו על-פי כללי ההליך.

לסיכום, ראוי עקרונית להבחין בין השפעה לגיטימית לפסולה מפני שרק האחרונה עלולה לפגוע בתקינותו של הליך שיפוטי. הקושי העולה מההיבט של ביקורת הפרסום במסגרת ההליך אינו צריך להוליך לדחיית ההבחנה. יש לנסות להתמודד עמו באמצעים שהצענו, וכאשר הדבר אינו אפשרי להעריך את חומרתו מול ערכו של הביטוי העומד על הפרק.

לפיכך, יש לדחות את עמדתו של איסור הסוב-יודיצה בישראל שאינו עורך כל הבחנה בין סוגי השפעות לפי טיבם הלגיטימי או הפסול.¹⁸⁴ לעומת זאת, האיסור השני הקיים בישראל על השפעה על הליך שיפוטי מוגבל לאדם המבקש להשפיע "שלא כהוגן" על ההליך,¹⁸⁵ ובדומה מוגבל האיסור על השפעה על ועדת חקירה ממלכתית להשפעה "שלא כדין".¹⁸⁶ למרות הנוסח השונה של שני האיסורים, נראה שמטרתן של המילים הללו היא דומה: להבחין בין השפעה לגיטימית לפסולה. בשני האיסורים לא ברור אם מילים אלו מכוונות ליסוד הנפשי או העובדתי. לאור האמור, ראוי לפרשן, קודם כל, כמגבילות את האיסור במישור העובדתי.

גם בתי המשפט לא נתנו תמיד את הדעת להבחנה בין השפעה לגיטימית ופסולה. במשפט המקובל לא נערכה תמיד הבחנה זאת. כך, האיסור שכונה "embracery" כלל, בין השאר, ניסיון להשפיע על חבר מושבעים בדרכים שונות, לרבות שכנוע, מבלי להתייחס לטיב ההשפעה.¹⁸⁷ (יש לציין כי איסור זה כמעט ואינו נאכף כיום באנגליה, ומטרתו מושגת תוך שימוש בעבירות של שיבוש הליכי משפט ובאיסור הסוב-יודיצה).¹⁸⁸

גם בפסיקה בישראל נעשו לעתים הכללות המתעלמות מההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה. למשל, לעתים קרובות נכתב שבתי המשפט צריכים להיות אטומים לכל קול או השפעה מן החוץ ולשפוט רק לאור הראיות המובאות במשפט.¹⁸⁹ גישה זו מבוססת על הנחה, שאינה נכונה תמיד, לפיה רק ראיות שהובאו במסגרת ההליך נוגעות לעניין. כאמור, ייתכן שראיה רלבנטית, קבילה ומהימנה בנקודה חשובה לא תובא במסגרת ההליך.

לעומת זאת, בשיטות משפט מודרניות יש לרוב התייחסות להבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה, כאשר האינטרס הלגיטימי מוגדר כתקינותו של ההליך השיפוטי או כהיבט מסוים שלו.

כך קובעת האמנה האירופית לזכויות אדם כי אחד האינטרסים

הלגיטימיים אשר הגנה עליהם עשויה להצדיק פגיעה בחופש הביטוי הוא
 "the impartiality of the judiciary"¹⁹⁰.

בבריטניה הצביעה ועדה שדנה בנושא על הצורך בהגבלת האיסור
 למניעת השפעה שלילית בלבד.¹⁹¹ ואכן, החוק שקבע את האיסור הסטטוטורי
 על השפעה פסולה עורך הבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה באמצעות
 הגבלת האיסור לפרסום אשר יוצר סכנה לפגיעה לרעה בתקינות ההליך:
 [A] publication which creates a substantial risk that the **course
 of justice** in the proceeding in question will be seriously
impeded or prejudiced [emphasis added].^{193 192}

לסיכום, השאלה הראשונה שיש לבחון ביחס לכל ביטוי היוצר סכנה של
 השפעה הליך שיפוטי או על תדמיתו בעיני הציבור היא האם מדובר
 בהשפעה לגיטימית או פסולה. במילים אחרות, יש לבחון האם מדובר בסכנה
 של פגיעה בתקינותו של ההליך שיפוטי או בתדמיתו התקינה בעיני הציבור.

■ טיבה והיקפה של סכנת ההשפעה הפסולה

● היבטים כלליים

השאלה האם פרסום בנושא שיש לו נגיעה להליך עלול להשפיע על מהלכו
 או על תוצאתו היא רחבה מדי מכדי לתת לה תשובה חד-משמעית. כדי
 לענות עליה יש לצמצמה ולבחון אותה בהקשרים שונים, תוך עריכת הבחנות
 על-פי דרך ההשפעה. תשובה משמעותית לשאלה האמורה יכולה להינתן רק
 לאחר סיווג סוגי ההליכים ובעיקר סוגי הביטויים השונים. בסעיף הנוכחי
 יוגבל, אפוא, הדיון למספר היבטים כלליים של השאלה האמורה.

פירוק השאלה של השפעת פרסומים על ההליך השיפוטי מאפשר לבחון
 אותה בצורה משמעותית יותר ולהעריך את טיב הסכנה ועוצמתה בכל
 הקשר. אולם, גם לאחר הבחנה כזאת בין היבטים שונים עדיין קשה מאוד
 להכריע בשאלה עובדתית זאת. הקושי המיוחד להעריך את טיב ההשפעה
 נובע ממספר סיבות.

ראשית, השאלה אודות הדרך בה מעוצבת עמדתו של אדם ומה משפיע

על התגבשותה היא מורכבת. בדרך-כלל, אנשים מגבשים עמדה בנושא מסוים באופן הדרגתי, הן לאור השקפותיהם ואמונותיהם הכלליות יותר והן לאור הנתונים הספציפיים יותר הנוגעים לעניין העומד על הפרק. בשל כך, מושג הסיבתיות ביחס לגיבוש עמדה הוא מורכב במיוחד וקשה ליישום. לרוב קשה מאוד לבודד גורם מסוים מכל המכלול התורם לעיצוב עמדה מסוימת של אדם ולהצביע עליו כסיבה לגיבושה של אותה עמדה, ועוד יותר קשה לזהות את הסיבה המכרעת או המרכזית. בנוסף, חלק מן הסכנה הוא להשפעה על התת-מודע, אשר מטיבה קשה לבדיקה בכלים הנהוגים בהליכים שיפוטיים.

בנוסף, בשל מורכבות ההשפעה, קשה לזהות את מקורה של סכנת ההשפעה, כלומר, את סוגי הפרסומים היוצרים סכנה כזאת, ובשל כך קשה גם להעריך את טיבה והיקפה. לדוגמא, הנטייה הטבעית בהקשר זה היא להתייחס אל פרסומים בוטים או חד-צדדיים במיוחד כיוצרים סכנה של השפעה. אולם, ספק אם זוהי אכן הסכנה היחידה או אף העיקרית. ייתכן שעיקר סכנת ההשפעה טמונה דווקא בפרסומים מתונים וענייניים.¹⁹⁴ ייתכן גם שסכנת ההשפעה הרבה יותר נובעת מהעמדה הכללית בציבור, כפי שהיא מקבלת את ביטוייה – באופן מדויק יותר או פחות – בכלי התקשורת.

סיבה אחרת המקשה על ניתוח ענייני של סכנת ההשפעה של פרסומים על הליכים שיפוטיים היא הנטייה המובנת של המשתתפים בהליך להכחיש השפעה כזאת, בשל החובה המוטלת עליהם והציפייה מהם לפעול על-פי כללי ההליך ושלא להיות מושפעים. סכנת ההכחשה קיימת הן במישור הפנימי – של האדם כלפי עצמו, ועוד יותר ביחס לאחרים. סכנה זאת היא חמורה יותר ככל שעוצמת החובה והציפייה גוברות, ולכן היא קיימת באופן מיוחד ביחס לשופטים מקצועיים, אשר חובה זאת מהווה מרכיב מרכזי באתוס שלהם כשופטים. יתר על כן, שופטים מקצועיים צריכים לנמק את הכרעתם. הנמקת ההכרעה, שחייבת להיות מבוססת על שיקולים ענייניים בלבד, יוצרת מחויבות למה שכבר נכתב וכך מחזקת את הנטייה של השופט להמשיך ולהכחיש – כלפי חוץ וגם בפני עצמו. בהקשר זה יש, אפוא, לתדמית השופט – כלפי חוץ וכלפי פנים – חשיבות רבה. כפי שציין השופט ויתקון בעניין דבר, ההערכה האם קיימת סכנת השפעה על שופטים נקבעת בסופו

של דבר בהתאם לדמות השופט המעוצבת על-ידי המעריך.¹⁹⁵ בשל כך, קיים חשש שעיצוב דמות השופט ייעשה לא רק על-פי ניתוח ענייני של השאלה אלא גם על-פי הראוי או על-פי המסקנה אליה רוצים להגיע (wishful thinking). ולבסוף, הקושי בהערכת סכנת ההשפעה גובר בשל הנטייה להגן על תדמיתו של ההליך השיפוטי באמצעות הסתרת סכנת ההשפעה, אף כאשר היא קיימת.

חוסר הנכונות להכיר בכך שהייתה השפעה של פרסומים על הליכים שיפוטיים הולך לתופעה עליה מצביעים רבים ביחס למשפט האנגלי, של העדר התאמה לכאורה בין הערכת סכנת ההשפעה בנוגע לאיסור הסוב-יודיצה (לרוב – מראש) ובין הערכתה לצורך קביעת תקינותו של ההליך (לרוב – בדיעבד). מצד אחד, המשפט האנגלי מכיר בכך שקיימת סכנה שביטויים ישפיעו על ההליך השיפוטי, הכרה שמתבטאת באכיפה התדירה יחסית (לשיטות משפט אחרות) של איסור הסוב-יודיצה, אשר אחד מרכיביו הוא סכנה כזאת. מצד שני, המגמה במשפט האנגלי (לפחות עד לשנים האחרונות) היא נגד הכרה בכך שהסכנה האמורה אכן התממשה במקרים קונקרטיים, כלומר, שפרסום מסוים אכן השפיע בדיעבד או שלל את היכולת לקיים הליך תקין, ולכן נדחות רובן המכריע של הבקשות לביטול של פסקי-דין או להשעיית הליכים מטעם זה.¹⁹⁶ אין מדובר בהכרח בסתירה. משפטנים אנגליים חוזרים ומסבירים כי המבחנים בשני המישורים אינם זהים, ושייתכן גם שפרסום ייצור סכנה של השפעה על הליך שיפוטי מבלי שהיא תתממש¹⁹⁷ או שתסוכל באמצעים שונים.¹⁹⁸ טענה זאת היא נכונה שכן ראוי לבחון את הסכנה על-פי הנתונים שהיו קיימים במועד הפרסום ולא בדיעבד, על-פי התוצאות בפועל, שאין למפרסם שליטה עליהן.¹⁹⁹ כמו כן, נפסק באנגליה כי רף הסוב-יודיצה הוא נמוך יותר מזה הנדרש לצורך הפסקת הליך או ביטול של פסק-דין בערעור.²⁰⁰ ועם זאת, העובדה שבעוד שלעתים מזומנות נקבע שנוצרה סכנה ממשית להשפעה, נקבע רק לעתים רחוקות יחסית שהסכנה התממשה בפועל, או מנעה אפשרות לקיים הליך תקין, מצביעה על הקושי בהכרה בכך. מעניין שבארצות הברית המגמה היא הפוכה: יש נטייה להפחית בחומרת סכנת ההשפעה של ביטויים על ההליך השיפוטי ובצידה נכונות לבטל בדיעבד הליכים עקב חשש שסכנה זאת התממשה.²⁰¹

מסיבות אלה קשה מאוד להעריך את טיבה והיקפה של סכנת ההשפעה הפסולה. הנחת ההשפעה, העומדת בבסיס המגבלות הקבועות בשיטות משפט שונות על ביטויים הנוגעים לעניינים הנדונים בהליכים שיפוטיים, היא הנחה שאינה מוכחת, ברומה להנחה ההפוכה, לפיה אין סכנה של השפעה.²⁰² עוד יותר קשה להעריך האם הייתה השפעה במקרה מסוים. לפיכך, ההנחה שהייתה השפעה כזאת היא, במידה רבה, ספקולטיבית.²⁰³ ברור שקושי זה קיים במיוחד כאשר נדרשת קביעה ברמת הסתברות גבוהה, כמו זאת הנדרשת בהליך שיפוטי.²⁰⁴

הקושי בהערכה של טיבה והיקפה של סכנת ההשפעה הממשית של פרסומים על הליכים שיפוטיים, הולך למספר גישות או מגמות. מגמה אחת היא של התמקדות באינטרס המשלים, של אמון הציבור בתקינותו של ההליך. כלומר, במקום לבחון את ההשפעה של הפרסום למעשה, נבחנת השאלה האם הציבור מאמין שהייתה לפרסום השפעה. ברור שגם טיבה והיקפה של השאלה האחרונה היא מורכבת. אולם, קל יותר לענות עליה בהשוואה לשאלה הקודמת, משתי סיבות. ראשית, היא אינה מחייבת בחינה של השאלה הקשה במיוחד של ההשפעה בפועל. ושנית, במישור זה תופעת ההכחשה היא פחות בעייתית, מפני שאין מדובר בקביעה שהייתה לפרסום השפעה ממש אלא רק שנוצר רושם כזה. עם זאת, ספק אם מדובר בפתרון מושלם, שכן טיבו של האינטרס (האמיתי) אשר עליו שואפים להגן משליך על היקף ההגנה. הגנה על תקינותו של ההליך ועל תרמיתו תוליך לעתים למסקנות זהות מבחינות היקף האיסור, אך לא תמיד. ייתכנו מקרים שבהם תיווצר סכנה של השפעה על תקינות ההליך שאינה מלווה בסכנה לתרמיתו, בעיקר כאשר גורם ההשפעה אינו ידוע ברבים.

הקושי להעריך את סכנת ההשפעה (הממשית) מוליך לעתים גם לגישה אחרת, המתבטאת ביותור על הניסיון להעריכה באופן מציאותי. בדרך-כלל מוליכה גישה זאת לאימוץ ההנחה לפיה אין לפרסומים השפעה על ההליך השיפוטי. דומה שישנן שתי סיבות עיקריות לכך. ראשית, משום שזאת היא המסקנה הקלה יותר מבחינת השלכותיה. ושנית, בשל הרצון להגן על האינטרס השני של אמון הציבור בתקינותו של הליך השיטה. שתי הסיבות הללו הן מובנות, והאחרונה היא אף לגיטימית, אך ראוי לדחות את הגישה

האמורה שמשמעותה היא התעלמות מן המציאות. הקושי להעריך ולהוכיח את סכנת ההשפעה אינו יכול להוליך למסקנה שהיא אינה קיימת.²⁰⁵ השאיפה להגן על אמון הציבור בשפיטה צריכה להידחות מפני האינטרס של תקינות השפיטה למעשה, אשר מחייב בחינה אמיתית של סכנת ההשפעה הפסולה על ההליך השיפוטי, כאשר יש התנגשות בין האינטרסים.

לעתים מתבטאת הגישה האמורה, של ויתור על בחינת המציאות, בגזירת המצוי מן הראוי. כך, למשל, נטען לפעמים כי חלושי אופי אינם צריכים לכהן כשופטים, ולכן יש להניח ששופטים אינם מושפעים מפרסומים. גישה זאת זכתה בתמיכה בספרות המשפטית בישראל.²⁰⁶ כבר ציינתי שגם בפסיקה בישראל נאמר ברוח דומה כי יש להניח ששופט מקצועי משתחרר מהשפעות זרות, מפני שאחרת הוא אינו ראוי להיקרא שופט. כן נכתב כי למרות קיומה של סכנה של השפעה של פרסומים על תת-ההכרה, אף של שופט מקצועי, יש להתעלם ממנה מפני שהיא מוליכה "למערבולת של אפשרויות בלתי מוגבלות ומרחיקות לכת" בנוגע להשפעה על השופט ממגוון של מקורות.²⁰⁷ כאמור, למרות הקושי בהערכת סכנת ההשפעה אין להניח באופן סתמי שהיא אינה קיימת. יש להבחין בין הנורמה ("אין להתחשב בפרסומים") ובין השאלה העובדתית האם פרסומים משפיעים בפועל (באופן פסול) על הליך השפיטה. את השאלה האחרונה יש לנסות ולבחון לגופה באופן ענייני, מפני שלמרות הקשיים האמורים אין מנוס מלהתמודד עמה באופן אמיתי, שהרי טיבה והיקפה הם הבסיס להכרעה אם, ובאיזו מידה, יש מקום להגן על האינטרס של תקינות ההליך.

בשל החשיבות של בירור האינטרס עליו נועד האיסור להגן, אין לסגת מפני הקושי להעריך את טיב והיקף ההשפעה. עם זאת, אין להתעלם מקושי זה. חוסר היכולת לקבוע באופן פסקני את טיבה והיקפה של סכנת ההשפעה, מוליך, לדעתי, לשתי מסקנות. ראשית, במישור של הרציונל לאיסור, אין מנוס להכריע בדבר הצורך להתגונן מפני סכנת ההשפעה בתנאים של חוסר וודאות. הכרעה בתנאים כאלה אינה צריכה להיות שרירותית, אלא להתבסס על הידוע ועל חשיבותם של האינטרסים העומדים על הפרק. בסיום פרק זה, לאחר עמידה על טיבה והיקפה של הסכנה, נציע מספר עקרונות כלליים להכרעה כזאת שננסה ליישם בהמשך.

שנית, בנוגע ליסודות של איסור שנועד למנוע השפעה (בהנחה שנגיע למסקנה שיש מקום לאיסור כזה), אין מקום להכליל במסגרתו רכיב של השפעה. הסיבות לכך כבר הוזכרו בעיקרן: כאמור, הקושי בבחינת ההשפעה הוא גדול במיוחד כאשר עוסקים במקרה מסוים, להבדיל מסכנת ההשפעה באופן כללי. הוכחת השפעה כזאת בסטנדרטים הדרושים בהליך שיפוטי, ובמיוחד באלה הנהוגים במשפט פלילי, כלומר, מעבר לכל ספר סביר, נראית בלתי מעשית. כמו כן, הרתיעה מפני הכרה פומבית בהשפעה ממש ביחס למקרה מסוים היא חזקה במיוחד, עוד יותר מהרתיעה מהכרה פומבית בסכנת ההשפעה. ברור כי רתיעה זאת קיימת במיוחד ביחס לשופטים הבאים מתוך המערכת עצמה ובוחנים את קיומה לגבי עמיתיהם.

פתרון חלקי לבעיה האמורה הוא זה של הסתפקות בסכנה של השפעה, כפי שעושה איסור הסוב-יודיצה בישראל, הכולל, כאמור, פרסום שיש בו "כדי להשפיע" על מהלכו של ההליך או על תוצאותיו.²⁰⁸ אולם, אף הערכת חומרת הסכנה היא קשה, במיוחד כאשר היא נעשית באופן כללי. כדי לבחון ברצינות את סכנת ההשפעה יש לפרקה ולנסות להעריכה בהקשרים שונים. אולם, לדעתי, ראוי לערוך בחינה זאת בשלב המקדמי ולא להכליל את הסתברות הסכנה כרכיב של האיסור עצמו שיש להוכיחו ביחס לכל ביטוי. כבר ציינתי ששיטה כזאת פוגעת גם בעקרון החוקיות. לכן, ראוי, לדעתי, להחליף קריטריון עמום זה בפירוט של סוגי הפרסומים האסורים לאור מרדים ספציפיים וברורים יותר, שייקבעו לאור מסקנות הבחינה של סכנת ההשפעה בהקשרים שונים. במהלך העבודה אנסה לעשות כן. בהמשך הסעיף הנוכחי אתייחס להיבט אחד של סכנת ההשפעה – זהותם של המשתתפים בהליך.

● שופטים

מהלכו ותוצאותיו של הליך שיפוטי מושפעים מזהותם של כל המשתתפים בו; כל אחד מהם יכול להוות גורם מכריע בהתאם לטיב ההליך. יחד עם זאת, השופטים מושכים את תשומת הלב הרבה ביותר מבחינת סכנת ההשפעה על ההליך מפני שהם בעלי סמכות ההכרעה בו באופן פורמלי. כבר עמדנו על הקושי בבחינת סכנת ההשפעה בכלל וסכנת ההשפעה על שופטים במיוחד. בסעיף זה ננסה למרות זאת להצביע על מספר מאפיינים כלליים של הסכנה

האמורה.

המאפיין הייחודי החשוב ביותר מבחינת סכנה ההשפעה על שופטים הוא עצמאותם והאוטונומיה שלהם. שופטים מצופים ונדרשים להכריע באופן אוטונומי, בהתאם לכללי ההליך, ולהתעלם מהשפעות חיצוניות. בניסוחו של חוק יסוד: השפיטה בישראל: "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, אלא מרותו של הדין."²⁰⁹ בעקבות ציפייה זאת, נוצר ביחס לשופטים אתוס של שפיטה, שאחד ממרכיביו החשובים הוא הכרעה אוטונומית ועצמאית. ככלל, מאפיין זה מפחית את סכנת ההשפעה על שופטים בהשוואה לשאר המעורבים בהליך השיפוטי. מידת חשיבותו של מאפיין זה משתנה בין סוגים שונים של שופטים, בהתאם להכשרתם, דרך בחירתם ואופי פעילותם: בקצה האחד ישנם שופטים מקצועיים שמוכשרים במיוחד למקצוע השפיטה, נבחרים על-פי כישוריהם המקצועיים ועוסקים בכך באופן קבוע; קרובים אליהם הם שופטים שיש הכשרה רלבנטית מסוימת (במשפט או בתחום בו הם שופטים) הנבחרים לאורה ופועלים באופן קבוע; במרכז ישנם שופטים חסרי הכשרה פורמלית הפועלים באופן קבוע; לאחריהם יש שופטים כאלה הנבחרים לתפקידם לתקופה קצובה; ובקצה האחר מצויים מושבעים שהם חסרי כל הכשרה מיוחדת ומכהנים באופן חד-פעמי.

ההבחנה החדה מבחינת חומרת סכנת ההשפעה היא, אפוא, בין שופטים בעלי הכשרה מקצועית המתפקדים באופן קבוע ובין מושבעים שמכהנים באופן חד-פעמי. ככלל, ישנה הסכמה רחבה שהסכנה היא קלה יותר לגבי שופטים מקצועיים קבועים וחמורה יותר לגבי מושבעים.²¹⁰ הערכה זאת מבוססת על מספר מרכיבים. ראשית, אתוס של שפיטה אוטונומית ועצמאית הוא חזק במיוחד ביחס לשופטים מקצועיים קבועים. אתוס כזה יכול להיווצר גם אצל שופטים שאינם בעלי הכשרה משפטית פורמלית כאשר הם עוסקים בשפיטה במשך תקופה משמעותית. לעומת זאת, הוא פחות משמעותי לגבי מושבעים הממלאים תפקיד זה באופן חד-פעמי. היבט רלבנטי אחר הוא ששופטים, להבדיל ממושבעים, חייבים לנמק את פסקי-דינם בשיקולים ענייניים. אמנם, ההנמקה אינה משקפת בהכרח את שיקוליו האמיתיים של השופט, אך ניתן להניח שיש השפעה הרדית בין שני המישורים המקטינה את סכנת ההשפעה על שופט בהשוואה למושבע. סיבה שלישית היא שהפיקוח

והביקורת על השופט הם משמעותיים יותר ככל שמערכת השפיטה היא מקצועית יותר. מבחינה נקודתית, שופטים, להבדיל ממושבעים, כפופים לערכאת ערעור שבוחנת את שיקוליהם, כפי שהם באים לידי ביטוי בפסק-הדין, לגופם. באופן כללי יותר, קיים פיקוח על תפקודם שופטים במערכת שפיטה מקצועית, שמידתו משתנה בין שיטות משפט שונות. מבחינה פורמלית נועד פיקוח זה לשמש בסיס להחלטה, מצד אחד, על העברתו של שופט מתפקידו, ומצד שני, על קידומו.

בשל ההבדלים הקיימים בין שיטות משפט שונות בכל הנוגע למידת התקיימותם של מאפיינים אלה,²¹¹ יש לבחון את אופיים בשיטת המשפט שלנו. בישראל נהוגה ככלל מערכת של שפיטה מקצועית. מערכת בתי המשפט הכללית מורכבת משופטים מקצועיים בלבד המתמנים לכהונה לכל חייהם.²¹² מבחינה פורמלית הפיקוח על שופטים הוא מוגבל. מינויו של שופט הוא עד לפרישתו לגמלאות ואפשרות ההעברה של שופט מתפקידו היא מצומצמת מאוד. לא קיים מנגנון קבוע של בחינה מחודשת של התאמת השופט לתפקידו. הסמכות להעביר שופט מתפקידו נתונה לוועדה לבחירת שופטים, בהחלטה שנתקבלה ברוב של שבעה מתוך תשעת חבריה, ולבית הדין המשמעתי של השופטים, אם השופט נהג שלא כהלכה במילוי תפקידו, התנהג באופן שאינו הולם את מעמדו של שופט בישראל, הורשע בעבירה שיש עמה קלון או השיג את מינויו שלא כדין.²¹³ לאור קיומן של סמכויות מתונות יותר, כמו הערה, התראה, נזיפה והעברה למקום כהונה אחר,²¹⁴ נראה שמטרת החוק הייתה לאפשר העברת שופט מתפקידו לחלוטין רק במקרים קיצוניים. ואכן, סמכויות אלה מופעלות לעתים נדירות ביותר.²¹⁵ ²¹⁶ הפיקוח על שופטים בישראל הוא, אפוא, מוגבל יחסית מבחינת השלכותיו הפורמליות. יחד עם זאת, אין ספק שהוא משמעותי יותר מזה הקיים ביחס למושבעים. כמו כן, הפיקוח על שופטים קבועים הפועלים במסגרת מערכת שפיטה ממוסדת קיים גם במישור הבלתי פורמלי. במישור זה, למשל, אפשר לשכנע שופט שאין מרוצים ממנו לפרוש.²¹⁷ לכך יש להוסיף את ההשפעות המתונות יותר של פעילות קבועה במסגרת מערכת ממוסדת, כמו האתוס השיפוטי שהוזכר למעלה, הציפיות מהסביבה הקרובה והרצון הטבעי לעמוד בהן כדי לזכות בהערכה חיובית או להתקדם.

המאפיינים האמורים של שופטים מקצועיים, כמו אלה המכהנים במערכת השיפוט הכללית בישראל, מפחיתים את סכנת ההשפעה של פרסומים עליהם במידה משמעותית.²¹⁸ יחד עם זאת, ספק אם הם מבטלים אותה לחלוטין. יתר על כן, מאפיינים אלה נוגעים בעיקר לסכנת ההשפעה הישירה על השופט. אולם, קיימים גם סוגים אחרים של סכנות שקשה יותר להתמודד עמן באמצעות בניית אתוס שיפוטי, חובת הנמקה וביקורת ישירה. ראשית, קיימת סכנה של השפעה שאינה מודעת.²¹⁹ למשל, ההתייחסות אל מהימנות של עדים או של ראיות אחרות עלולה להיות מושפעת ממידע שנתקבל ביחס לעד או לראיה שלא בהתאם לכללי ההליך.²²⁰ שנית, קיימת סכנה של תגובת נגד של שופט אשר מעוניין להפגין שאינו מושפע מפרסום מסוים. שופט כזה עלול, במודע או שלא במודע, לנטות דווקא כלפי הכיוון ההפוך מזה הצפוי לכאורה מהפרסום שהוא רוצה להראות שלא הושפע ממנו.²²¹

בצד מערכת השיפוט הכללית קיימות בישראל מספר מערכות משנה, המופקדות על השפיטה בתחומים מסוימים. מערכות אלה אינן מורכבות רק משופטים ממערכת השיפוט הכללית, ובמסגרתן יש הבדלים בין סוגים שונים של שופטים: (1) בתי דין לעבודה המורכבים משופטים מקצועיים ומנציגי ציבור המייצגים את ציבור המעבידים וציבור העובדים. לנציגי הציבור יש הכשרה בתחום של יחסי עבודה, מנהל ציבורי, משפט או כלכלה והם מתמנים לתקופה של שלוש שנים.²²² (2) בתי דין המיוחדים לכל עדה (יהודים, מוסלמים, דרוזים ונוצרים) עוסקים בענייני מעמד אישי (בכל עדה בהיקף שונה) ומכהנים בהם מומחים לענייני דת.²²³ (3) בתי דין צבאיים העוסקים בשיפוט פלילי (רגיל ומיוחד) של חיילים מורכבים הן מחיילים בעלי הכשרה משפטית והן מחיילים שאין להם הכשרה כזאת.²²⁴ (4) כך גם בתי המשפט הצבאיים הפועלים בשטחים המוחזקים מורכבים הן מחיילים בעלי הכשרה משפטית והן מחיילים שאין להם הכשרה כזאת.²²⁵

ביחס למערכות אלה מתקיימים, אפוא, המאפיינים האמורים שהוזכרו לגבי שופטים מקצועיים קבועים במידה פחותה, ולכן, ככלל, ניתן להעריך כי סכנת ההשפעה לגביהם היא חמורה יותר.²²⁶ הערכה דומה מקובלת גם בבריטניה ובארצות הברית לגבי שופטים שאין להם קביעות או שאינם בעלי

הכשרה מקצועית.²²⁷

כאמור, בחינה רצינית של ההערכה של מידת הסכנה להשפעה פסולה של פרסומים על שופטים צריכה, לדעתי, להיעשות באופן ספציפי יותר בהתחשב בסוגים שונים של פרסומים. עם זאת, יש לתת את הדעת להערכות הכלליות שהובעו ביחס לשאלה זאת בישראל ובמדינות אחרות. לפני שאעשה כן, אציין כי עמדה כללית כזאת, השוללת את סכנת השפעה על שופטים, עולה לכאורה באופן משתמע מן החקיקה בישראל.²²⁸ מכיוון שחקיקה זאת עוסקת בהקשרים ספציפיים יותר, בעיקר בנוגע להשלכות של חשיפת שופט לראיה בלתי קבילה, אעסוק במשמעותה בהמשך, בהקשרים הרלבנטיים.

כאשר באים לבחון את ההערכות המפורשות בשאלה האם שופטים עלולים להיות מושפעים מפרסומים (או עד כמה הם מסוגלים להתעלם מהם) יש לנהוג בזהירות משתי סיבות עיקריות. הסיבה הראשונה היא שרוב ההערכות הללו אינן מבוססות על מחקרים אמפיריים. אולם, גם המחקרים הפסיכולוגיים האמפיריים שנעשו בנושא תורמים במידה מוגבלת מאוד להבנת מאפייניה של שכנת ההשפעה של פרסומים על שופטים, וזאת משתי סיבות. ראשית, מחקרים אלה עסקו בהשפעה של פרסומים על מושבעים (כפי הנראה מפני שקל יותר לערוך מחקרים כאלה לגביהם בהשוואה לשופטים מקצועיים בשל אופי התפקיד, ואולי גם מפני שקל יותר לדון ולהכיר בסכנת ההשפעה לגבי מושבעים).²²⁹ לאור ההבדלים שפורטו בתחילת הסעיף בין מושבעים ושופטים ניתן לצפות למסקנות שונות ביחס לכל קבוצה. אמנם, חלק מן המחקרים האמורים עשויים להיות רלבנטיים לגבי כל אדם, ובפרט לגבי שופטים מקצועיים, אך ההתמקדות שלהם במושבעים ובאופי תפקידם מקשה מאוד על ההיעזרות בהם בכל הנוגע לשופטים מקצועיים (בהמשך ננסה לעשות זאת כאשר יש לכך מקום). שנית, אף אם מתעלמים לרגע מן ההבדלים בין שופטים מקצועיים ומושבעים, הרי שלמרות המספר הבלתי מבוטל של המחקרים שנערכו בהשפעת פרסומים על מושבעים, ולמרות שרובם של המחקרים הללו הצביעו על קיומה של השפעה כזאת, המסקנה העולה מהם בנוגע לטיבה ולחומרתה של הסכנה האמורה איננה ברורה.²³⁰ בשל שתי הסיבות הללו, דבר זה נכון עוד יותר לגבי שופטים מקצועיים,

שבנוגע לסכנת ההשפעה של פרסומים עליהם קיים ידע מועט מאוד.²³¹ הסיבה השנייה שבשלה יש להתייחס אל ההערכות המפורשות בשאלה האם שופטים עלולים להיות מושפעים מפרסומים בזהירות היא שיש לצפות, לאור השיקולים שהוזכרו למעלה, לנטייה למסקנה השוללת את סכנת ההשפעה. הסיבות העיקריות לכך הן, ראשית, הרצון לטפח את האתוס השיפוטי של הכרעה עניינית, ועוד יותר כדי ליצור ולהגן על אמון הציבור בתפקודה התקין של מערכת השפיטה. כפי שצוין בצדק בבריטניה:²³² "In reality this position is one of policy, upholding the aura of the judiciary" ניתן לצפות לנטייה כזאת במיוחד, אם כי לא רק, כאשר מדובר בהערכות שנעשות על-ידי השופטים עצמם.²³³ מסיבה זאת אין זה מפתיע שמחקר שנעשה בארצות הברית בנוגע להערכות של עורכי-דין את סכנת ההשפעה של פרסומים על מושבעים במשפטים פליליים, ואת מידת ההצלחה של האמצעים לנטרולה,²³⁴ העלה הבדל ברור בהערכות בהתאם לתפקידו של המעריך. שופטים ותובעים, מצד אחד, נטו להעריך כי סכנה ההשפעה אינה משמעותית וכי ניתן לנטרלה, כפי שניתן לצפות. לעומת זאת, סניגורים העריכו כי סכנה זאת היא משמעותית וכי האמצעים הננקטים לנטרולה אינם יעילים.²³⁵ ממצאים אלה אינם מפתיעים, בייחוד בהתחשב בכך שההשפעה השכיחה והמשמעותית הרצינית יותר, שהיא גם זאת שנבדקה במחקרים בנושא, היא השפעה שמוליכה לאמונה באשמתו של נאשם במשפט פלילי.²³⁶ בשיטות משפט שונות הובעו בפסקי-דין ובספרות המשפטית דעות שונות בנוגע לשאלה האם קיימת סכנה ממשית שפרסומים ישפיעו על שופטים מקצועיים. הדעה המקובלת היא שהסכנה ששופטים מקצועיים יושפעו מפרסומים בכלי התקשורת איננה ממשית.²³⁷ כך, בבריטניה העמדה השלטת היא שאין סכנה ששופטים מקצועיים יושפעו מפרסומים בכלי התקשורת,²³⁸ אם כי יש הטוענים שאין להתעלם מאפשרות זאת.²³⁹ דומה שגם בארצות הברית ההנחה המקובלת היא שסכנת ההשפעה על שופטים מקצועיים אינה רבה,²⁴⁰ אך גם שם הובעה דעת מיעוט לפיה אפשרות זאת קיימת.²⁴¹ כך גם בקנדה נראה שהעמדה השלטת היא שככלל סכנת ההשפעה של ביטויים על שופטים מקצועיים אינה ממשית.²⁴²

בישראל הייתה העמדה הדומיננטית והכמעט בלעדית בקרב השופטים

במשך תקופה ארוכה שאין סכנה של ממש להשפעה של פרסומים על השופטים המקצועיים במערכת השיפוט הכללית.²⁴³ בשנות החמישים ציין השופט אגרנט בעניין דבר כי הסכנה של השפעה הגורמת להטיית משפט אינה רצינית לגבי שופט מקצועי כמו זה המכהן בישראל²⁴⁴ (אם כי נראה שגישתו הייתה מבוססת, לפחות בחלקה, על הגישה הבעייתית, שכבר הוזכרה, הדוחה סכנה מפני שקשה להתמודד עמה). ברוח דומה ציין השופט ויתקון באותו עניין כי שופט מקצועי כמו בישראל, להבדיל ממושבע, עלול להיות מושפע רק במקרים נדירים ביותר מפרסום שאינו כולל "איום או הסתה".²⁴⁵ ההערכה שאין סכנה של השפעה על שופט מקצועי נותרה ההערכה המקובלת גם בשנות השישים. אמנם, כפי שכבר תיארתי, הושמעה באותה תקופה, בפסקי-הדין בעניין מוזס ובעניין דיסנצ'יק, גם ההערכה שקיימת סכנה של השפעה גם ביחס לשופט מקצועי, אך הערכה זאת התייחסה למקרה חמור יחסית של פרסום הודאה של נאשם במשפט פלילי. ההערכה שאין סכנה של השפעה ממשית נותרה המקובלת בפסיקה בישראל עד לשנות השבעים.²⁴⁶ בתקופה זאת החל להסתמן שינוי מסוים. ביטוי בולט לשינוי הוא אמירתו של השופט ויתקון, בפסק-דין שניתן באמצע שנות השבעים, כי פרסומים פומביים בנוגע להליך שיפוטי עלולים ליצור "אווירה המקשה על בית המשפט לעשות את מלאכתו: לעשות דין וצדק עם הנאשם... ללא נטייה וללא דעה קדומה" וכי "היום אין אני מוכן לומר (כפי שאמרתי פעם) שלעולם אין סכנה זו אורבת לשופט, שמקצועו ואומנותו במלאכת השפיטה. ואני מלא חרדה."²⁴⁷ שני השופטים האחרים באותו עניין, השופטים אשר ובכור, הסכימו עמו בנוגע לסכנה של השפעת אווירה ציבורית על הזכות למשפט הוגן.²⁴⁸ ברוח דומה ציין השופט ברק בתחילת שנות השמונים, בעניין אזולאי, שגם ביחס לשופט מקצועי קיימת אפשרות סבירה של השפעה.²⁴⁹ באותה רוח כתב השופט בך בסוף שנות השמונים בעניין קליגר כי "רחוק אני מלקבוע, כי לעולם לא יוכל שופט מקצועי להיות מושפע מפרסום עיתונאי", לפחות כאשר העובדות או הדין אינם חד-משמעיים כך שיש לשופט התלבטות ביחס לפסק-הדין, תוך שהוא מצטט בהסכמה את הדברים שנאמרו בעניין דיסנצ'יק ובעניין אזולאי (אם כי בסופו של דבר ביסס את החלטתו על סכנת ההשפעה על עדים וקבע כי במקרה הנדון לא הייתה סכנת

השפעה על שופטים שכן הפרסום לא כלל מידע אלא דעות והתרשמויות בלבד).²⁵⁰ יחד עם זאת, נראה כי בסופו של דבר, ההערכה המקובלת של השופטים בישראל אף כיום, לפחות במישור ההצהרתי, היא כי סכנת ההשפעה של פרסומים על שופטים, אף אם היא קיימת, איננה משמעותית.²⁵¹ יש לזכור, כאמור, כי ניתן לצפות להטיה לכיוון של מסקנה השוללת השפעה מסיבות של הגנה על התדמית השיפוטית בעיני הציבור, במיוחד ביחס להערכות הכלולות בפסקי-דין.

הערכה דומה, לפיה סכנת ההשפעה של פרסומים על שופטים בישראל היא קטנה, היא גם השלטת בספרות המשפטית, בהסתמך על המאפיינים האמורים של שופטים מקצועיים.²⁵² במהלך הדיון בכנסת בנוגע לחקיקת איסור הסוב-יודיצה בשנת 1957 הובעה דעה פסקנית עוד יותר, לפיה אין הצדקה לאיסור מאחר שאין חשש שהשופטים המקצועיים בישראל, המכירים את העניין הנדון בפניהם טוב מכל עיתונאי, יושפעו מפרסום בנושא.²⁵³ יש לציין כי, כפי שנראה בהרחבה בהמשך, הנימוק האחרון נוגע רק לסוגים מסוימים של פרסומים, בעיקר ניתוח של ראיות שהובאו במסגרת ההליך. לעומת זאת, הנימוק אינו תקף ביחס למידע שלא נבחן בהליך, בעיקר ראיות בלתי קבילות.

לעומת זאת, כנגד ההערכה המקובלת לפיה סכנת ההשפעה של פרסומים על שופטים בישראל אינה משמעותית, טען רון שפירא כי בשנים האחרונות נוצרה תופעה של התארגנות של קבוצות של קורבנות, או קבוצות שפעלו בשם של קורבנות, אשר הפעילו לחץ לשינוי חברתי ומשפטי שלהערכתו אכן נשא פרי בשני מקרים שהוא מתאר. המקרה אשר לו הוא מקדיש את עיקר דיונו הוא פרשת אישומי האונס בקיבוץ שמרת. הוא מציג טיעון משכנע המתאר כיצד הוליך המאבק הציבורי שנוהל נגד פסק-הדין של בית המשפט המחוזי, שזיכה את הנאשמים מהאישום באונס, לשינוי הגישה בערעור בבית המשפט העליון שהרשיע, ברוב דעות, את הנאשמים.²⁵⁴ לטענתו, ההשפעה בעניין זה באה לידי ביטוי בפסק-הדין של בית המשפט העליון בשני ממדים: ראשית, השינוי בגישתו הכללית של בית המשפט בניתוח האירוע, בכך שנתן משקל מכריע ליחסי הכוחות בין קבוצות בחברה, על חשבון ההתייחסות המסורתית, האינדיבידואלית-ליברלית, לפרטים המעורבים בלבד. ושנית,

השינויים מרחיקי הלכת, שנבעו מהשינוי הראשון, בנוגע לפרשנות שניתנה (במישור העובדתי והנפשי) לרכיב של העדר ההסכמה בעבירת האונס.²⁵⁵ השינוי הראשון הוא מטיבו מורכב יותר וקשה להערכה. לעומת זאת, קל יותר לעמוד על יחודה של הפרשנות שניתנה ליסוד העדר ההסכמה בעבירת האונס ועל היחס בינה ובין הלחץ הציבורי שהופעל בנושא. ראשית, לטענת שפירא מהווה הקביעה של בית המשפט, לפיה גם אישה שאינה מתנגדת ואינה מביעה העדר הסכמה במפורש עשויה להיחשב כבלתי מסכימה, כל עוד לא וידא הגבר שהיא מסכימה, שינוי הלכה מרחיק לכת.²⁵⁶ השינוי השני הוא ההצעה שהעלה השופט שמגר, שכתב את פסק-הדין העיקר שהרשיע את הנאשמים, באמרת אגב, בנוגע ליסוד הנפשי ביחס לרכיב זה. שמגר מסביר שהדין בישראל דורש יסוד נפשי של מחשבה פלילית בעבירת האונס, כלומר, מודעות לכל רכיבי העבירה, לרבות העדר ההסכמה של הקורבן. לכן, כל טעות ביחס לרכיב זה שוללת את אחריותו של הנאשם, אף אם אינה סבירה. אולם, הוא מותח ביקורת על גישה זו, שלדעתו אינה מתיישבת עם הגנה ראויה על קורבנות פוטנציאלים. לפיכך, הוא מציע להסדיר בחקיקה את המקרה של מי שנאנסת על-ידי "דמות בורה, גסה ואטומה" הטועה טעות בלתי-סבירה לגבי הסכמת האישה.²⁵⁷ משתמע מדבריו שיש למצוא דרך להרשיע במקרים אלו, כאשר הדרך היחידה לכך היא באמצעות קביעת סטטוטורית של עבירה של אונס ברשלנות (כללית או מיוחדת לדמויות מהסוג הנדון). עם זאת, שמגר אינו מסתפק בקריאה לחקיקה כזאת אלא מציע פתרון פסיקתי "חלקי", שהוא הרחבת ההלכה, לפיה עצימת עיניים מהווה תחליף למודעות מלאה, שעסקה באופן מסורתי בחשד סובייקטיבי,²⁵⁸ כך שהיא תכלול אף מצב בו הנאשם לא חשד שהאישה אינה מסכימה, אך אדם סביר באותן נסיבות היה חושד בכך.²⁵⁹ הצעה זאת²⁶⁰ היא מרחיקת לכת הרבה יותר מכפי שמתאר שמגר, שכן משמעותה היא שינוי היסוד הנפשי בעבירת האונס, כך שביחס להעדר ההסכמה די ברשלנות.²⁶¹ יתר על כן, בשאלה האם ראוי להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות ביחס לנסיבה האמורה קיימת מחלוקת עמוקה.²⁶² כלומר, השינוי "החלקי" שמציע שמגר הוא למעשה אימוץ מוחלט של גישה שנויה במחלוקת שהוא עצמו כתב כי אפשר לאמצה רק באמצעות חקיקה. הפרשנות החדשנית ומרחיקת הלכת האמורה, הן במישור העובדתי והן בהצעה של שמגר לגבי

היטוד הנפשי, תואמת את המתבקש מהלחץ הציבורי שהופעל להרשעת הנאשמים.

אולם, מעבר לפרשנות יוצאת הדופן עליה הצביע שפירא, דומה כי הלחץ הציבורי בעניין שמרת השפיע עוד קודם לכן. ספק רב אם ללא העניין התקשורתי הרב שעורר הנושא, והלחץ הברור להרשעה, היו שופטי בית המשפט העליון בוחנים בצורה כה נרחבת ומעמיקה את פסק-דינו המזכה של בית המשפט המחוזי ומתערבים במסקנות העובדתיות הכלולות בו, בייחוד בנוגע למודעותם של הנאשמים לחוסר ההסכמה של המתלוננת. יש לזכור בהקשר זה את העומס הרב בו נתון בית המשפט העליון שמוליך לכך שרוב הערעורים נדונים בפסק-דין קצר, שלרוב מאשר את פסק-הדין של הערכאה הראשונה. במיוחד יש לזכור את ההלכה החד-משמעית לפיה לא נועד הערעור לבחינה מחודשת של העובדות, וכי ככלל אין בית המשפט הן בערעור מתערב בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט בערכאה הראשונה בנוגע להערכת מהימנות הראיות שנבחנו ישירות על-ידו ולמידת האמון בעדים שנשמעו על-ידו באורח בלתי אמצעי.²⁶³ כמעט תמיד נדחים ערעורים בנושאים עובדתיים, כמו הערעור בעניין שמרת, בהחלטה קצרה המסתפקת באזכור ההלכה האמורה. לעומת זאת, בפסק-הדין של בית המשפט העליון בעניין שמרת יש ניתוח עובדתי מקיף של הפרשה, הכולל הצגה נרחבת של גרסאותיהם של כל המעורבים, ניתוח מעמיק של מהימנות העדויות ואף ניתוח פסיכולוגי מפורט.²⁶⁴ מהסיבות האמורות, קשה להניח שבית המשפט העליון היה מוכן להשקיע זמן ומאמץ בהיקף כזה אם הפרשה לא הייתה מעוררת דיון ציבורי כה נרחב. בסופו של דבר אין, כמובן, אפשרות לדעת בוודאות כיצד היו משתלשלים העניינים ואיך היו פוסקים השופטים לולא היה מתנהל דיון ציבורי בנושא. אולם, קשה להאמין שהקשר בין הלחץ הציבורי להחלטות התביעה בנוגע להגשת כתב האישום ולערעור עליו ולגישתו יוצאת הדופן של בית המשפט העליון בפרשה זאת היה מקרי בלבד, ודומה שאכן עולה חשד ממשי שהן הפרקליטות והן בית המשפט התחשבו בלחץ זה.

מהי המסקנה העולה ביחס לסכנת ההשפעה של פרסומים על שופטים מקצועיים, דוגמת אלה המכהנים בישראל? מהסיבות עליהן הצבעתי

למעלה, ובעיקר מורכבות השאלה והנטייה להכחיש את קיומה של הסכנה כדי להגן על תדמית השפיטה, קשה להכריע בשאלה זאת בביטחון. עם זאת, דומה שניתן לסכם את הדברים כך: יהיה זה תמים להניח שאין כל סכנה של השפעה על שופטים מקצועיים.²⁶⁵ השיקולים שהוזכרו למעלה מפחיתים את הסכנה האמורה ביחס אליהם, אך הם אינם עוקרים אותה מן השורש. השאלה האמיתית איננה, אפוא, של סכנה או העדר סכנה, אלא של טיב ומידת הסכנה. מעבר להיבטים הכלליים עליהם הצבענו בסעיף זה (ובראשם ההבחנה בין שופטים מקצועיים לשופטים שאינם כאלה), צריכה הערכה זו של טיבה ומידתה של הסכנה להיעשות באופן ספציפי יותר, בעיקר לאור ההבחנות בין סוגים שונים של ביטויים, דבר שאעשה בהמשך.

● בעלי דין – ההבחנה בין אדם פרטי ורשויות המדינה

לבעלי דין יש תפקיד משמעותי במסגרת ההליך השיפוטי: הם יוזמים את עצם ההליך ומחליטים על אופן ניהולו. האם האינטרס של הגנה על ההליך השיפוטי מפני השפעות פסולות חל גם ביחס לפעולות אלה של בעלי דין? ההיבט הראשון שיש לבחון כדי לענות על שאלה זאת הוא של לגיטימיות ההשפעה. במישור זה יש להבחין בין אדם פרטי כבעל דין לרשות ציבורית כבעלת דין.

נקודת המוצא היא שהחלטה של אדם פרטי לנקוט בהליך שיפוטי ולפעול במסגרתו נתונה לשיקול דעתו המוחלט ואיננה כפופה לכללים שיש אינטרס לגיטימי כללי בהגנה עליהם מפני השפעה. מכיוון שאין אינטרס כזה בהגנה על דרך קבלת החלטות מסוימת ביחס לאדם פרטי כבעל דין, אין פסול בהשפעה על החלטותיו מבחינה זאת. השפעה כזאת היא פסולה רק אם היא פוגעת באינטרס אחר, כמו, למשל, במקרה של לחץ המתבטא באיומים או בסחיטה אשר עלולים לפגוע ברצונו החופשי של האדם. השאלה מתי נפגע רצונו החופשי של האדם במידה מספקת היא מורכבת, אך אין צורך לענות עליה כאן. החשוב לענייננו הוא שכל עוד אין פגיעה השוללת את הרצון החופשי במידה המצדיקה התערבות אין מקום לאסור על ביטויים לשם הגנה על תקינותו או תדמיתו של ההליך השיפוטי.

לכן, ככל שהמטרה היא להגן על תקינותו או תדמיתו של ההליך

השיפוטי, יש לדחות את הגישה לפיה יש לאסור על השפעה על בעלי דין פרטיים למרות שאין מדובר בפגיעה פסולה ברצון החופשי. כפי שכבר ציינתי, איסור הסוב-יודיצה בישראל נוקט בגישה גורפת כזאת, לפחות על-פי לשונו, כאשר הוא אוסר על כל השפעה על הליך שיפוטי.²⁶⁶ בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל מקיף האיסור על השפעה על הליכים שיפוטניים גם השפעה על בעלי דין פרטיים.²⁶⁷ אולם, הגישה ביחס לבעלי דין היא מתונה יותר מכיוון שהחלטה על הגשת תביעה וניהולה נתונה לשיקול דעתם ולכן נדרש לחץ משמעותי יותר לגביהם בהשוואה, למשל, לעדים.²⁶⁸ באנגליה נפסק בעניין **Sunday Times** כי, בניגוד למושבעים או עדים, הפעלת לחץ על בעל דין היא מותרת כל עוד מדובר בביקורת הוגנת (fair) הנעשית בלשון מתונה (temperate), ולא מעבר לכך. באותו עניין הביעו השופטים דעות שונות לגבי מה מהווה חריגה אסורה מכלל זה. לפי גישה אחת נדרש תיאור מטעה ופוגע (injurious misrepresentation) או איום במעשה בלתי חוקי.²⁶⁹ לעומת זאת, לפי גישה שנייה אסורה כל מתיחת ביקורת פומבית המגנה את בעל הדין.²⁷⁰

מבחינה מהותית, יש, כאמור, לדעתי, לדחות את הגישה לפיה השפעה על בעלי דין פרטיים היא פסולה בשל הפגיעה בתקינותם או בתדמיתם של הליכים שיפוטניים (להבדיל מאינטרסים אחרים). גישה זאת אומצה על-ידי הוועדה הבריטית שבחנה את דיני הביזיון בשנת 1974. הוועדה ביקרה את ההבחנה בין השפעה פרטית והשפעה הנעשית באופן פומבי על בעל דין, והציעה להתיר את שתיהן כל עוד אין מדובר באיום מצד אדם שנמצא בעמדת כוח ביחס לבעל הדין, כמו, למשל, מעביד, או באיום במעשה בלתי חוקי.²⁷¹ גישה זאת אומצה בחלקה באנגליה גם על-ידי בית הלורדים, בפסק-הדין בו נקבע כי בעל דין זכאי לפעול בדרך שמסכלת הליך שיפוטי שהוא עצמו יזם (pre-emption), כשם שהוא זכאי להפסיק את התביעה בעצמו, למשל, על-ידי השגת התרופה שהוא מבקש מבית המשפט בעצמו (באותו עניין היה מדובר בפרסום של דין-וחשבון שלטוני חסוי שנעשה ביחזמת החברה שעתרה להתירו לפרסום).²⁷² בכל הנוגע לתקינות ההליך, העקרון צריך להיות זהה גם כאשר המעשה הוא של אדם אחר. ההבדל במקרה האחרון נובע מהחשש לפגיעה באינטרסים אחרים והוא אינו משפיע על

תקינות ההליך. גישה דומה אומצה במשתמע בקנדה כאשר נפסק כי העבירה של ניסיון לפגוע בתקינותו של הליך שיפוטי מתקיימת, בכל הנוגע לפנייה את נאשם בהליך פלילי, רק כאשר נפגע רצונו החופשי, בעוד ששכנוע שאינו עולה כדי פגיעה כזאת הוא מותר. מכיוון שההגנה היא על הרצון החופשי של הנאשם, נפסק בהתאם שאשמתו או חפותו של הנאשם אינם רלבנטיים.²⁷³

העמדה שהשפעה על בעלי דין היא לגיטימית נתמכת גם בנוהג הקיים, הן בישראל והן במדינות אחרות. בפועל מתייעץ כמעט כל אדם השוקל הגשת תביעה משפטית או אדם אשר נגדו מוגשת תביעה כזאת עם אנשים שונים, ובפרט עם עורכי דין, והתייעצויות אלה נתפשות כלגיטימיות.²⁷⁴ אמנם, במקרים אלה יש, לרוב, הסכמה של בעל הדין, שאף יוזם את הדין. אולם, כל עוד אנו עוסקים בהשפעה שאינה עולה כדי איום, לא נראה שיש לייחס משקל רב להבחנה מי יוזם את הפנייה שהרי בסופו של הדבר ההחלטה נתונה לרצונו החופשי כאמור של בעל הדין.

לעומת זאת, פעולותיהן של רשויות המדינה כפופות לכללים שיש אינטרס כללי בהגנה על שמירתם. באופן כללי מדובר בדיני המנהל הציבורי ובאופן ספציפי בכללים בנוגע לפעולותיהן של רשויות המדינה כבעלות דין. אמנם, שיקול הדעת המנהלי בנוגע לנקיטתו של הליך שיפוטי ולניהולו נתון לפחות כללים בהשוואה לשיקול הדעת השיפוטי.²⁷⁵ אולם, מכיוון שכללים כאלה קיימים, עולה השאלה האם יש אינטרס להגן עליהם.

לשאלה זאת יש חשיבות מעשית רבה מפני שרשויות המדינה מהוות צד למספר רב של הליכים שיפוטיים: הפרקליטות היא המאשימה בכל ההליכים הפליליים ורשויות השלטון מעורבות גם במספר רב של הליכים אזרחיים בשל פעולתן הענפה בתחומים רבים.²⁷⁶

החלטה של רשויות המדינה על נקיטת הליך שיפוטי וניהולו, להבדיל מהחלטה על הימנעות מנקיטת הליך, "עוברת" דרך ההליך השיפוטי. בשל כך נטען שהחלטה כזאת עשויה להשפיע רק באופן חיובי, בדרך של מניעת עיוות דין, שהרי היא מעבירה את ההכרעה לבית המשפט.²⁷⁷ טענה זאת מתעלמת מכך שלעצם הנקיטה בהליך יש מחיר, שהוא גבוה במיוחד כאשר מדובר בהליך פלילי. העמדתו לדין של אדם פוגעת בו באופן קשה, אף אם הוא מזוכה בסופו של דבר. מסיבה זאת יש אינטרס להגן גם על דרך קבלת

ההחלטה לנקוט בהליך שיפוטי מפני השפעה פסולה.

איסור הסוב-יודיצה הקיים אינו נוקט עמדה חד-משמעית בשאלה זאת. כאמור, האיסור מתייחס, בנוסף להשפעה על תוצאתו של הליך שיפוטי, גם להשפעה על "מהלכו". נוסח זה מקיף לכאורה כל החלטה במסגרת ההליך, לרבות החלטה לסיימו, למשל במסגרת פשרה. לעומת זאת, נוסח זה אינו עוסק לכאורה בהחלטה על עצם נקיטת ההליך, בין אם מדובר בהליך הראשוני ובין אם מדובר בהחלטה לערער על ההכרעה בו (אם כי אפשר לפרש את המונח הליך כחל על כל שלבי ההתדיינות באותו עניין כך שההחלטה לערער היא החלטה במסגרת ההליך במובנו הרחב).²⁷⁸

לאור המסקנה שיש אינטרס לגיטימי בהגנה על החלטותיהן של רשויות המדינה כצדדים להליכים שיפוטיים, עולה השאלה האם קיימת סכנה ממשית להשפעה של פרסומים על החלטות אלה. ברור שסכנה כזאת קיימת כאשר עצם הפרסום מסכל את מטרת ההליך, כמו במקרה בו הורשעו בבריטניה עיתונים שפרסמו מידע שהזכות לפרסומו הייתה מוקד המחלוקת בין רשויות התביעה ובין מספר עיתונים אחרים בהליך שיפוטי בו ניתן צו מניעה זמני שיאסור את פרסום המידע עד להכרעה הסופית.²⁷⁹ השאלה המשמעותית יותר היא האם יש סכנה שתוכן מסוים של ביטוי ישפיע על החלטותיהן של רשויות השלטון. שאלה זאת נדונה הרבה פחות משאלת ההשפעה על שופטים. ההבדל העיקרי בין שתי השאלות הוא שלתפישה של עצמאות מהשפעות חיצוניות הקיימת ביחס לשופטים אין מקבילה ביחס לכל מוסדות שלטון ולכן ניתן לצפות לסכנה משמעותית יותר של השפעה על פעולותיהן. יוצאות דופן מבחינה זאת הן רשויות השלטון המופקדות על אכיפת הדין הפלילי שלגביהן קיימת תפישה מקבילה כזאת. בתפקיד זה מצופה מן היועץ המשפטי לממשלה ומהפרקליטות להכריע באופן עצמאי תוך התעלמות מהשפעות חיצוניות. כמו כן, יש לזכור כי החלטות חשובות או רגישות של רשויות התביעה עוברות תהליכי גיבוש מורכבים, בהם משתתפים אנשים לא מעטים, דבר שמהווה בלם מסוים מפני השפעות פסולות.

זאב סגל התייחס לסכנת ההשפעה על בעלי דין וטען שהיא אינה משמעותית, במיוחד בהליך פלילי אך גם בהליך אזרחי.²⁸⁰ אולם, הוא עסק

בבעלי דין פרטיים, וכאמור לגביהם ממילא אין אינטרס במניעת השפעות חיצוניות. בנוגע לרשויות המדינה הובא, גם בהקשר זה, עניין שמרת כדוגמא להשפעה של פרסומים בכלי התקשורת על החלטה של הפרקליטות להגיש כתב אישום ומאוחר יותר לערער על פסק-הדין המזכה של בית המשפט המחוזי.²⁸¹

המסקנה הכללית העולה בנוגע לסכנת ההשפעה של ביטויים על רשויות המדינה כבעלות דין דומה למסקנה המקבילה בנוגע לשופטים: נראה כי קיימת סכנה שאת טיבה, היקפה ועוצמתה יש לבחון לאור סוג הביטוי העומד על הפרק.

● עדים

כלל מרכזי של ההליך השיפוטי מטיל על עדים חובה של אמירת האמת (כל האמת ורק האמת). כלל זה הוא בעל חשיבות רבה בהגעה להכרעה צודקת והשפעה על עדים שיפרו כלל זה היא, כמובן, פסולה. יתר על כן, מכיוון שעדים רגילים (להבדיל מעדים מומחים) נדרשים להעיד על עובדות שהם קלטו (בדרך-כלל רק באופן ישיר), להבדיל מהערכות נורמטיביות ואף ממשמעותן של העובדות האמורות, הרי שקשה להעלות על הדעת אפשרות של השפעה לגיטימית על עד, למעט בנוגע לעצם מתן עדות אמת.

השיקול העיקרי בכל הנוגע למידת סכנת ההשפעה על עדים הוא שהם חסרי הכשרה מקצועית ומשתתפים חד-פעמיים בהליך השיפוטי. בשל כך, בשיטת משפט בה אין שיפוט על-ידי מושבעים, כמו בישראל, עדים צפויים להיות הנוחים ביותר להשפעה מבין המעורבים בהליך השיפוטי.²⁸² חוסר מקצועיותם ומעורבותם החד-פעמית בהליך מבחינים בין עדים לשני סוגי המעורבים העיקרים האחרים שקיימת לגביהם סכנה של השפעה פסולה – השופטים ורשויות התביעה. אם מייחסים לגורם זה משמעות מכריעה, כלומר, מניחים שאין סכנה ממשית של השפעה על שופטים ועל רשויות המדינה כבעלות דין, מגיעים אף למסקנה שסכנת ההשפעה על עדים היא ההצדקה היחידה לאיסור הסוב-יודיצה.²⁸³

בהקשר זה יש מקום להבחין בין עדים רגילים לעדים מומחים. גם עדותם של האחרונים היא במישור העובדתי, אך, בניגוד לעדים רגילים, הם אינם

מעידים על עובדות ספציפיות אלא על הערכות (עובדתיות) בתחום עיסוקם. מכיוון שהידע שלהם אינו נקלט באירוע חד-פעמי אלא נרכש בתהליך ממושך, סכנת ההשפעה לגביהם היא פחות חמורה.²⁸⁴ יחד עם זאת, גם בהקשר זה יש לערוך הבחנות דקות יותר. לדוגמא, לאור השיקול האמור, ייתכן שיש להבחין בין עדות של מומחה בשאלה כללית, כמו מצב הידע המדעי בתחום מסוים – שלגביה חשש ההשפעה הוא נמוך, ובין עדות של מומחה בעניין ספציפי, כמו הערכה האם התנהגות של בעל מקצוע הייתה רשלנית – שלגביה קיימת סכנה משמעותית יותר של השפעה.

מכיוון שסכנת ההשפעה על עדים היא המשמעותית ביותר, קיימת נטייה להתמקד בה. לעתים יש הצדקה לכך, אך במקרים אחרים נובעת ההתמקדות בעדים שלא משיקולים ענייניים אלא מתוך רצון להסיט את תשומת הלב מסכנת ההשפעה על שופטים כדי, מצד אחד, להגן על תדמית השפיטה, ומצד שני, לאסור על פרסומים שיוצרים סכנה להשפעה גם על שופטים. שיטה כזאת היא בעייתית גם מבחינה מעשית, מפני שאין חפיפה מלאה בין סוגי הביטויים העלולים להשפיע על עדים ועל שופטים. עם זאת, ההתמקדות בסכנת ההשפעה על עדים יכולה גם להיות לגיטימית, כאשר היא נובעת מהקושי להעריך את סכנת ההשפעה באופן כללי אשר מוליך להסתמכות על הסכנה המשמעותית ולכן גם הברורה יותר.

שתי האפשרויות יכולות להסביר את נטייתם של רוב שופטי בית המשפט העליון בישראל שדנו בשלושת המקרים בהם נאכף איסור הסוב-יודיצה, להתמקד בסכנת ההשפעה על עדים כאשר היא הייתה רלבנטית ולהסתמך על סכנת ההשפעה על שופטים רק כאשר זו הייתה הסכנה היחידה האפשרית. בשני המקרים בהם עמד על הפרק פרסום שנעשה בשלב מוקדם, לפני תום פרק העדויות, בחרו רוב השופטים להסתמך על סכנת ההשפעה על עדים, ולא על השופטים.²⁸⁵ רק בעניין אזולאי, בו נדון פרסום שנעשה לאחר תום שלב העדויות, בשלב גזירת הדין בו אפשרות ההשפעה היא רק ביחס לשופט, הסתמכו שופטי בית המשפט העליון על סכנת ההשפעה על שופטים.²⁸⁶

סכנת ההשפעה של ביטויים על אנשים הצפויים להעיד בהליך שיפוטי נוגעת למישור העובדתי בלבד, מכיוון, שכאמור, עדות בהליך שיפוטי

מתייחסת רק לעובדות הרלבנטיות לעניין הנדון. סוג אחד של ביטויים היוצר סכנה כזאת הוא של פרסומים היוצרים רושם מסוים בדבר אופיו או מעשיו של האדם אשר העדות מתייחסת אליו, בין אם באופן כללי ובמיוחד ביחס להיבטים הנוגעים להליך הרלבנטי. בדרך-כלל החשש הוא שפרסומים המציירים תמונה שלילית של צד להליך, ישפיעו על עדים, במודע או באופן בלתי מודע, להבין את העובדות שקלטו באופן שונה, מה שיכול להשפיע על תוכן עדותם, או אף להוליכם להימנע מלהעיד כלל.²⁸⁷ מקרה מובהק מסוג זה הוא של פרסום לפיו נאשם שכפר באשמתו במשפט פלילי הודה מחוץ למסגרת ההליך. פרסום כזה עלול להרתיע אנשים מלהעיד לטובת אותו נאשם או, להפך, להסיר ספקות של עדים ביחס לעובדות המצביעות על אשמתו.²⁸⁸

סוג אחר של פרסום, היוצר סכנה שונה, הוא פרסום הכולל ראיון עם עד פוטנציאלי לפני עדותו במסגרת ההליך. החשש במצב כזה נובע מכך שבמסגרת ראיון בכלי תקשורת לא נשמרים כללי ההליך בכל הנוגע לחובה למתן עדות אמת ולביקורת על העדות (בעיקר באמצעות החקירה הנגדית). בנוסף, לעתים עלולות אף להיות השפעות אחרות של כלי התקשורת על עדים העלולות להוליך לעיוות, מודע או בלתי מודע של עדותם (החל מלחץ לקבלת מידע סנסציוני וכלה בתשלום בגין מתן עדות בעלת תוכן מסוים). פרסום של ראיון כזה עלול לפגוע בעדות שתינתן מאוחר יותר בבית המשפט אם מפני שהעד עשוי להרגיש מחויב לדברים שפורסמו מפיו באופן פומבי ואם מפני שחוסר התאמה בין העדות שנמסרה בכלי התקשורת והעדות שניתנה במסגרת ההליך יוליך, לרוב, לפגיעה במהימנותה של העדות.²⁸⁹ מעצם טיבה, סכנת ההשפעה על עדים מוגבלת מבחינת הזמן עד לשלב העדויות במשפט בלבד.²⁹⁰ אולם, יש לזכור שלעתים, במשפטים מורכבים, עלול שלב זה להשתרע על פרק זמן ארוך שיכול אף להגיע, במקרים קיצוניים, למספר שנים.

לבסוף, יש להתייחס לסוג מסוים של טענות אשר לפיו אין בסכנת ההשפעה על עדים כדי להוות בסיס מספיק לאיסור על פרסומים הנוגעים להליך שיפוטי, מפני שסכנה זאת היא קלה יותר מסכנות אחרות של השפעה על עדים שמתירים אותן. כך, טען נגבי כי הסכנה הנובעת מדברים שנאמרו

במסגרת ההליך, כמו הודעת חוקר משטרה על ראייות (כמו הודאה או שחזור של חשוד) בבית המשפט (בדיון במעצרו של החשוד או אף במסגרת האישום העיקרי). היא חמורה יותר מהסכנה המקבילה שיוצרים פרסומים אחרים, ולכן אין לאסור עליהם.²⁹¹ ברוח דומה נטען במהלך הדיון בכנסת על הצעת איסור הסוב-יודיצה, כי החשש להשפעה של פרסומים הנוגעים להליך שיפוטי על עדים אינו מהווה הצדקה לאיסור עליהם מפני שחשש זה הוא חמור פחות מהחשש שעדים יושפעו משיחות עם עורכי דין לפני עדותם, שהן מותרות.²⁹² יש לדחות את הטענות הללו. ההצדקה לאיסור פלילי אכן מבוססת על הסכנה שהוא יוצר (או הפגיעה שהוא גורם) לאינטרס לגיטימי. אולם, כאשר שוקלים כיצד להתמודד עם סכנה (או עם פגיעה) מסוימת אין בדרך-כלל מקום לאמץ גישה של "הכל או כלום". ישנן מספר סיבות טובות להגן על אינטרס לגיטימי מסוים באופן חלקי. לאמיתו של דבר, בשל סיבות אלה, ההגנה המועננת לרובם המכריע של האינטרסים הלגיטימיים, אם לא לכולם, היא אכן חלקית בלבד. באופן כללי אפשר לחלק את הסיבות הללו לשתי קבוצות. הקבוצה הראשונה כוללת סיבות שבשלהן אין אפשרות להתמודד עם סכנות מסוימות, בכלל או באמצעים משפטיים. הקבוצה השנייה, שהיא החשובה יותר לענייננו, כוללת סיבות שבשלהן אין מקום להתמודד עם סכנות מסוימות בשל המחיר הכרוך בכך. מחיר זה יכול להיות ממספר סוגים. סוג אחד הוא של מצב בו עשיית שימוש באמצעים משפטיים, ובמיוחד במשפט הפלילי, תחייב תשלום מחיר כבד יותר מהשלכותיה של הסכנה במונחים של פגיעה בכבוד ובחירות או של עלות כלכלית. סוג אחר של מחיר נובע מכך שישנן פעילויות שמעצם טיבן הן, מצד אחד, בעלות ערך, ומצד שני, יוצרות סכנה לאינטרס לגיטימי, וכאשר המאזן נוטה לצד הערך, אז אין מקום לאסור עליהן, למרות הסכנה שהן יוצרות. אין זה המקום לבחינה מעמיקה כזאת של שתי הפעולות שיוצרות את הסכנות עליהן הצביעו הטענות האמורות (פרטום של דברים שנאמרו במסגרת הליך שיפוטי ופגישות של עורכי-דין עם עדים פוטנציאליים), אך דומה כי שתיהן שייכות לסוג אחרון זה. מכל מקום, ברור שגם אם אין זה המצב, אין להסיק מכך שיש לוותר על ההתמודדות עם כל סכנה מאותו סוג. המסקנה שצריך לגזור מכך היא שיש מקום לשקול האם יש הצדקה להתמודד עם הסכנה שיוצרות פעילויות אלה באמצעים משפטיים.

בסופו של דבר, ההיתר שמעניק הדין הקיים לפרסום של דיווחים על ראיות בהליכים שיפוטיים ולפגישות של עורכי-דין עם עדים פוטנציאלים, אינו נתון מוחלט שאין אפשרות לשנותו. אפשר, אם מגיעים למסקנה שמניעת הסכנה שיוצרות פעילויות אלה מצדיקה את הוויתור על ערכן, לאסור עליהן. אף אם נניח שההכרעה שנעשתה בשיטת המשפט שלנו ביחס לפעילויות אלה היא שגויה, וגם אם נוסיף ונניח כי השיקולים הרלבנטיים הם זהים בטיבם ובמשקלם ביחס לפעילויות אלה ולכל סוגי הביטויים הנוגעים להליך השיפוטי (הנחה שאיננה מתקבלת על הדעת), עדיין אין טעם להמשיך באותה טעות לאורך כל הדרך רק כדי לשמור על אחידות.

3. אמון הציבור בתקינות ההליך השיפוטי

האינטרס האחרון הנוגע לענייננו הוא תדמיתו של ההליך השיפוטי כתקין או, במילים אחרות, אמון הציבור בתקינות ההליך. ההגנה על אינטרס זה היא המטרה השנייה של המגבלות על ביטויים הנוגעים להליכים שיפוטיים. באופן כללי, נובעת חשיבותו של אינטרס זה מכך שמילוי יעיל של התפקיד השיפוטי מחייב מידה מסוימת של אמון מצד הציבור.²⁹⁵ בהקשר הנדון ענייננו הוא בעיקר בהיבט אחד של אמון הציבור בתקינות ההליך השיפוטי, בו עסקנו גם ביחס לאינטרס של תקינות ההליך ממש: אמון הציבור בהיותו של ההליך חופשי מהשפעות חיצוניות פסולות.

האינטרס של אמון הציבור בתקינותם של הליכים שיפוטיים לא מוזכר במפורש באמנה האירופית לזכויות אדם כאחד האינטרסים הלגיטימיים אשר הגנה עליהם עשויה להצדיק פגיעה בחופש הביטוי. אולם, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי האינטרס הכללי שכוללת האמנה המנוסח באופן רחב כהגנה על "the authority and impartiality of the judiciary"²⁹⁴ כולל את אמון הציבור במערכת השפיטה כמופקדת על קביעת הדין ועל הכרעה בסכסוכים.²⁹⁵

ההגנה על אמון הציבור בתקינותו של הליך שיפוטי מסוים, ולעתים אף בתקינותה של המערכת השיפוטית ככלל, הוכרה כמטרה לגיטימית, אשר

עשויה להצדיק הטלת מגבלות על פרסומים הנוגעים להליכים שיפוטיים, גם בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל.²⁹⁶

האינטרס של תדמיתו התקינה של ההליך השיפוטי הוא עצמאי ונפרד מן האינטרס של תקינות ההליך השיפוטי רק במידה בה קיים פער בין תקינות ההליך לתדמיתו כתקין. אם אין פער כזה, אין מקום להבחין בין האינטרסים האמורים, שכן היחס ביניהם יהיה של חפיפה מלאה.

לפיכך, השאלה הראשונה שעולה בהקשר זה, היא טיבו של הפער בין המציאות לקליטתה על-ידי הציבור (לפחות מספר משמעותי של אנשים) בכל הנוגע לתקינותו של ההליך השיפוטי, וליתר דיוק, לאפשרות ההשפעה של ביטויים שאינם חלק מן ההליך על מהלכו ותוצאותיו. אין ספק שפער כזה עשוי להתקיים, ולכן ייתכנו מקרים בהם ייפגע רק אחד מן האינטרסים. גם בהקשר זה, השאלה המשמעותית אינה נוגעת לעצם קיומו של הפער אלא לטיבו ולהיקפו. הפער האמור יכול להיווצר עקב מספר סיבות: מחסור במידע (חוסר מודעות לכל המידע הרלבנטי), מידע שגוי, ניתוח שגוי של המידע, טעות ביחס להשפעה של ביטוי על הליך שיפוטי ועוד.

כאשר קיים פער בין המציאות לקליטתה כאמור, יש חשיבות להבחנה בין האינטרסים של תקינות ההליך ותדמיתו בכל הנוגע להיקף ההגבלה על ביטויים הנוגעים להליך מפני שהיקף ההגבלה הנגזרת מכל אחד תהיה שונה. במצבים כאלה ייתכן שביטוי מסוים ייצור סכנה לאחד מהאינטרסים בלבד. דוגמא לביטוי היוצר סכנה רק לאינטרס של תקינות ההליך הוא של אמירה שהגיעה רק לידיעת המשתתפים בהליך, אך לא לידיעת הציבור הרחב. דוגמא הפוכה היא של דיווח שגוי בכלי תקשורת על המתרחש בהליך שיפוטי שאין בו עדים. דיווח כזה עלול להשפיע על אמון הציבור בהליך, אך לא על תקינות ההליך עצמו, שכן השופט ובעלי הדין שנכחו בהליך מודעים לטעות. דוגמא נוספת מאותו סוג נוגעת להבחנה שערכתי בתחילת הפרק בין הגנה על תוצאת ההליך להגנה על מהלכו. ציינתי שם שאף אם מבחינת האינטרס של תקינות ההליך המסקנה היא שיש מקום להגן על תוצאת ההליך בלבד, הרי שאם מתחשבים גם באינטרס של אמון הציבור בתקינות ההליך (וכאמור, באפשרות של קיומו של פער בין שני האינטרסים), עשוי להיות מקום להגן גם על דרך ההכרעה במסגרת ההליך. ההתחשבות באינטרס של תדמית ההליך

מרחיבה את היקף האיסור כך שהוא ישתרע גם על ביטויים העוסקים במהלך ההליך שאין להם נגיעה לתוצאתו.

בפסק-הדין בעניין דבר התעלם השופט ויתקון מהאפשרות של קיומו של פער בין המציאות לתדמיתה בעיני הציבור. הוא טען כי ההבחנה בין סכנת השפעה על ההליך לסכנת ההשפעה על אמון הציבור בהליך איננה מקדמת את הדיון בסוגייה, משום שאם אין סכנה להשפעה על ההליך אז אין גם סכנה לחשש של השפעה כאמור (מצד הציבור).²⁹⁷ הנחה זאת היא נכונה רק אם לא ייתכן כל פער בין מצב ההליך למעשה (תקינותו) ובין הערכת הציבור אותו. מכיוון, שכאמור, נראה שפער כזה אפשרי, ההנחה האמורה היא שגויה.

מבחינת היחס בין האינטרסים של תקינות ההליך ותדמיתו, יש, אפוא, ארבע אפשרויות של מצבים. במצב הראשון ההליך הוא תקין וזוהי גם תדמיתו: הביטוי לא השפיע על ההליך והציבור מודע לכך ומאמין בתקינות ההליך. במצב כזה אף אחד מן האינטרסים אינו נתון בסכנה. במצב השני ההליך הוא תקין אך מספר משמעותי של אנשים מקרב הציבור טועה לחשוב שהוא אינו תקין. למשל, אנשים אלה מעריכים כי ביטוי מסוים השפיע על הליך שיפוטי כאשר, לאמיתו של דבר, לא הייתה השפעה כזאת. במצב כזה נשקפת סכנה לתדמית ההליך, אך לא לתקינותו. במצב השלישי, ההפוך, ההערכה בקרב הציבור היא שההליך היה תקין, למשל מפני שביטוי מסוים לא השפיע עליו, למרות שלאמיתו של דבר היה ההליך פגום (הביטוי כן השפיע על דרך ניהולו או על תוצאתו). במצב כזה קיימת נפגעה תקינותו של ההליך אך לא נפגע אמון הציבור בו. ולבסוף, במצב הרביעי יש שוב התאמה בין ההליך ותדמיתו, אך הפעם ההליך ותדמיתו אינם תקינים: הביטוי השפיע על ההליך והציבור מודע לכך. לכן, במצב כזה נתונים שני האינטרסים בסכנה.

שני המצבים בהם נתון האינטרס של תדמית ההליך בסכנה הם, אפוא, השני והרביעי. ההבדל ביניהם הוא שבמצב השני יש פער בין המציאות לתדמיתה – היחס של הציבור כלפי ההליך נובע מטעות או מהערכה שגויה שלו, למשל, הערכה שהייתה השפעה, בעוד שבמצב הרביעי יש התאמה בין המציאות לתדמיתה. כלומר, במצב השני נתונה רק תדמית ההליך בסכנה, בעוד שבמצב הרביעי נתונים בסכנה הן תקינות ההליך והן תדמיתו. לכן,

בבחינת ייחודו של האינטרס האחרון, המצב החשוב הוא השני. ההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה תקפה, מבחינה עקרונית, גם ביחס לאינטרס של תדמית ההליך. עם זאת, התמונה היא מורכבת יותר ביחס לאינטרס זה, בהשוואה לאינטרס של תקינות ההליך, משתי סיבות הנוגעות לפער בין תקינות ההליך לתדמיתו. במישור הנורמטיבי, ההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה היא מורכבת יותר בכל הנוגע לתדמית ההליך מפני שהציבור עלול לטעות לגבי הדין בנוגע לטיב ההשפעה. כאמור, השאלה אם הבחנה היא לגיטימית או פסולה נבחנת על-פי השאלה אם היא מתיישבת עם כללי ההליך או מנוגדת להם. אולם, לא כל האנשים מכירים את כל כללי ההליך השיפוטי, ולכן אנשים עלולים להתייחס בטעות אל השפעה לגיטימית כפסולה ולהפך. מכיוון שהשאלה העומדת על הפרק היא הגנה על אמון הציבור בתקינות ההליך, הרי שלענייננו רלבנטית הטעות הראשונה. במצב כזה אין, לדעתי, מקום להגן על אמון הציבור מפני סכנה הנובעת מטעות עקרונית כאמור ביחס לדין. כאשר הציבור מאמין כי השפעה היא פסולה למרות שלאמיתו של דבר היא לגיטימית, אין מקום להסתיר את ההשפעה אלא יש לחתור לתיקון הרושם המוטעה לפיו היא פסולה, על-ידי הבהרת כללי ההליך.

ההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה היא מורכבת יותר גם במישור העובדתי, מפני שהציבור עלול לטעות גם ביחס לעצם קיומה של השפעה. בשל כך מתווסף להבחנה האמורה ממד נוסף שלא היה רלבנטי קודם לכן. משמעות ההבחנה בין השפעה לגיטימית לפסולה היא זהה לגבי שני האינטרסים של תקינות ההליך ותדמיתו כאשר יש התאמה ביניהם, כלומר, בין מצב ההליך (תקינותו או חוסר תקינותו) לתדמיתו בעיני הציבור (המצבים הראשון והרביעי). לעומת זאת, יש להבחנה היבט נוסף כאשר יש פער בין מצב ההליך לתדמיתו, כלומר, כאשר ישנה הערכה מוטעית של הציבור את מצב הדברים (המצבים השני והשלישי). ממד זה נוגע לתיקון הפער. ככלל, השפעה המתקנת את הערכת הציבור, כלומר, מעמידה את הציבור על טעותו (או מנסה לעשות כן) היא השפעה לגיטימית (ובהתאם, השפעה המטעה את הציבור היא פסולה). מכיוון שהשאלה העומדת על הפרק היא, כאמור, הגנה על אמון הציבור בתקינות ההליך, הרי שלענייננו רלבנטית רק הטעות במצב

השני, ובהתאם, השפעה המתקנת רושם מוטעה לפיו ההליך הושפע מביטוי חיצוני.

האינטרס של אמון הציבור בתקינות ההליך הודגש בישראל כבסיס לאיסור הסוב-יודיצה, לאור ההערכה שאין סיכוי של ממש להשפעה על תקינות ההליך השיפוטי. במהלך הדיון בכנסת לקראת ההצבעה על האיסור נאמר כי הבעיה אשר עמה נועד האיסור להתמודד איננה השפעה על ההליך בפועל אלא הסכנה שפרסומים מסולפים בנוגע לעניין תלוי ועומד ייצרו בציבור אווירה שבשלה ייתפס פסק-הדין (שלא בצדק) כשגוי.²⁹⁸ לאחר חקיקתו של האיסור הוצע לפרשו ברוח דומה כמיועד להגן רק²⁹⁹ או בעיקר³⁰⁰ על תדמית ההליך. כך גם הובעה בפסיקה הדעה לפיה אין בישראל סכנה של השפעה על שופטים, אך יש סכנה של השפעה על אמון הציבור בבית המשפט עקב פרסום שיוצר רושם שאינו תואם את ההכרעה.³⁰¹

הפגיעה באמון הציבור בהליך השיפוטי יכולה, כאמור, להתקיים במספר סוגים של מצבים. כאשר הסיבה לכך היא יחסו של הציבור אל השאלה האם ביטוי מסוים השפיע על הליך שיפוטי עשויה הפגיעה האמורה לנבוע משתי סיבות, בהתאם ליחס בין מהלך ההליך ותוצאתו לפרסום. הסכנה הראשונה, וכפי הנראה המשמעותית יותר, אשר בה עסקנו עד כה, היא ביחס להליך המתנהל או מוכרע בהתאם לפרסום, כלומר, בהתאם להשקפה שהובעה בפרסום או באופן שמתיישב עם העובדות שתוארו בו. במצב כזה החשש הוא מפני אמונה שהפרסום אכן השפיע. הסכנה השנייה לפגיעה באמון הציבור בתקינות ההליך נוצרת במקרה ההפוך, כאשר ההליך מתנהל או מוכרע בניגוד לפרסום. במצב כזה החשש העיקרי הוא שהציבור יתייחס אל ניהול ההליך או תוצאתו כבלתי נכונים או בלתי ראויים לאור ההנחה שהפרסום הוא הנכון, כלומר, משקף את המצב העובדתי לאשורו או מביע את ההשקפה הראויה.³⁰² במצב זה קיימת גם הסכנה שהציבור יאמין שהשופט הושפע מהפרסום באופן שלילי, כלומר, פסק בניגוד לפרסום בגללו.³⁰³

ההגנה על אמון הציבור בתקינות ההליך מעלה קושי מעשי מפני שלעתים קשה לזהות מה עשוי להשפיע על אמון הציבור בהליך. לדוגמא, מהי הסכנה שיוצר פרסום של ראייה בלתי קבילה, כמו בדיקת פוליגרף. החשש המהותי לתקינות ההליך הוא שהשופט אשר שמע על תוצאות הבדיקה

יתחשב בה בניגוד לכללי ההליך. לכאורה, החשש לאמון הציבור הוא בהתאם, שהציבור יחשוד שהשופט הושפע מהפרסום, במיוחד כאשר הוא פסק בהתאם לעולה מהבדיקה, בין אם הוא אכן הושפע מהפרסום ובין אם לאו. אולם, נראה כי הסכנה החמורה ביותר ביחס לסוג כזה של מצב היא דווקא הסכנה ההפוכה, כלומר, שאמון הציבור בתקינות ההליך ייפגע דווקא אם השופט יפסוק בניגוד לעולה מהבדיקה. פגיעה כזאת יכולה לנבוע מכך שהציבור אינו מכיר את דיני קבילות הראיות או מכך שאינו מקבל אותם כמוצדקים.

הקושי בהערכת סכנת הפגיעה באמון הציבור בתקינות ההליך נובע גם מסיבה נוספת הנוגעת לטיבו המיוחד של אינטרס זה, והיא שאנשים שונים עשויים להתייחס אל פרסומים זהים באופן שונה, הן בנוגע לעצם ההשפעה על ההליך והן בנוגע לטיבה.

מסיבות אלה הסכנה להשפעה של פרסומים על תדמיתו של ההליך השיפוטי היא, במידה רבה, ספקולטיבית.³⁰⁴ בשל כך ראוי לנקוט זהירות רבה בהגנה על אינטרס זה, במיוחד כאשר הוא מתנגש עם אינטרסים חזקים אחרים, למשל עם האינטרס בהתרת ביטויים חשובים במיוחד. יחד עם זאת, ספק אם יש מקום לשלול באופן גורף את הסכנה של השפעה של פרסומים על אמון הציבור בתקינות ההליך.³⁰⁵ בדומה לאינטרס של תקינות ההליך מבחינה מהותית, יש לבחון אותה לגופה, תוך התחשבות במכלול השיקולים הרלבנטיים, ותוך הכרה בהכרח להכריע בסוגייה זאת בתנאים של חוסר וודאות.

4. היחס בין האינטרסים ועקרונות ההכרעה ביניהם

בשיטות משפט שונות ננקטו גישות שונות בכל הנוגע להכרעה בין האינטרסים³⁰⁶ הרלבנטיים. בבית הדין האירופי לזכויות אדם ציין אחד השופטים את ההבדל הקיים בהקשר הנדון בין שיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל האנגלי, בהן מוסדרת הסוגייה באמצעות דין ביזיון בית המשפט, ובין המדינות הקונטיננטליות באירופה, בהן לא קיים כל דין מקביל

לדין זה.³⁰⁶ יחד עם זאת, יש להתחשב לא רק במישור הפורמלי אלא גם בנוהג למעשה. כך, למשל, נטען כי בגרמניה ובהולנד, בהן לא קיים איסור פורמלי המקביל לאיסור הסוב-יודיציה, מטילים כלי התקשורת מגבלות עצמיות בנושא.³⁰⁷ במסגרת שיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל, אשר אימצו את דיני ביוזין בית המשפט, ישנן מגמות ברורות שונות של הענקת עדיפות ברורה לאחד מן האינטרסים. ישנה הסכמה רחבה על כך שבבריטניה (גם לאחר שינויי החקיקה בנושא), ובמספר מדינות אחרות ששיטת המשפט שלהן מבוססות על המשפט המקובל, כמו, למשל, קנדה, מוענקת עדיפות לאינטרס של הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים על-פני האינטרס בחופש הביטוי. לעומת זאת, הגישה בארצות הברית היא הפוכה וכחלק מההעדפה השיטתית של חופש הביטוי ניתנת שם עדיפות ברורה לחופש הביטוי גם בהקשר הנדון³⁰⁸ (עם זאת, יש לציין כי גם בבריטניה יש בשנים האחרונות מגמה של מתן משקל רב יותר מבעבר לחופש הביטוי בהקשר הנדון).³⁰⁹

הדין הישראלי אינו חד-משמעי מבחינה זאת. כפי שראינו, מצד אחד, ישנו איסור פורמלי רחב מאוד על כל פרסום העלול להשפיע על הליכים שיפוטיים, ומצד שני, איסור זה כמעט ואינו נאכף, במידה רבה בשל היקפו הרחב.³¹⁰

הפגם המהותי העיקרי בדרך ההסדרה של הסוגייה בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל, ובפרט באיסור הסוב-יודיציה הישראלי, הוא חוסר ההתחשבות הנאותה במכלול ההיבטים השונים של הסוגייה, כמו סוג הביטוי וסוג ההליך. כבר ציינתי כי האיסור הישראלי אינו מתחשב בכל ההיבטים הרלבנטיים כאשר הוא קובע נוסחה כללית, לפיה רק הסתברות סכנת ההשפעה על ההליך מכריעה האם הפרסום הוא מותר או אסור: הביטוי הוא אסור אם יש בו "כדי להשפיע" ומותר אם אינו יוצר סכנה כזאת, וזאת בלא תלות בטיב ההשפעה ובסוג הביטוי. בנוגע למידת ההשפעה שיש לגזור מן האיסור הובעו דעות שונות. בעניין הירש הציע בית המשפט העליון, במטרה להגן על אמון הציבור בבתי המשפט, את "השיטה הבדוקה" של הימנעות מכל פרסום על חקירה בנוגע להליך פלילי עד להבאת החשוד לבית המשפט והגבלת הפרסומים בנושא לאחר מכן למה שנאמר בישיבה פומבית

של בית המשפט.³¹¹ כאמור, בסופו של דבר נקבעה ההלכה לפיה האיסור דורש אפשרות סבירה של סכנה.³¹² על גישה זאת נמתחה ביקורת בטענה כי ראוי לפרש את האיסור באופן מצמצם יותר מבחינת מידת הסכנה הצפויה להשפעה על ההליך השיפוטי או תדמיתו, כך שהוא יחול רק ביחס לפרסום היוצר סיכון ממשי להשפעה רצינית,³¹³ או אף סכנת השפעה בהסתברות הקרובה לוודאות.³¹⁴ ההצעות לצמצום האיסור בדרך זו הן ללא ספק עדיפות על-פני הגישה המרחיבה שהוצעה בעניין הירש, משום שהן אינן מעניקות משקל בלעדי והגנה גורפת לאינטרסים של תקינות ההליך ותדמיתו. אולם, כאמור, לדעתי, עצם הגישה הבסיסית בה נוקט הדין הישראלי, בדומה לדינים אחרים, של קביעת נוסחה אחידה שתחול ביחס לכל סוגי המצבים, היא שגויה. בשל כך, שום פירוש של האיסור הקיים, שמוגבל על-פי לשון החוק המתייחסת רק לסכנת ההשפעה הצפויה מהביטוי להליך, איננו יכול לפתור את הבעיה.

כפי שראינו במהלך הפרק, קשה מאוד להעריך את מידת הסכנה שיוצרים פרסומים הנוגעים להליך שיפוטי לתקינותו של ההליך ועוד יותר לתדמיתו בעיני הציבור. אופי זה של הסוגייה מגביר את חשיבות הפירוק שלה להיבטיה השונים. כבר ציינתי כי בשל הקושי בהערכות האמורות ראוי, לדעתי, לערכן בהקשרים ספציפיים יותר. יש להתחשב במשתנים כמו סוג ההליך וסוג הפרסום ובהשפעתם על טיב הסכנה הצפויה לאינטרסים של תקינות ההליך או תדמיתו מפרסומים הנוגעים לו, ועל חומרתה והסתברותה, מצד אחד, ועל חומרת המגבלה שתיגרם עקב איסור על סוג הביטוי הרלבנטי לחירות בכלל ובפרט לטעמים המצדיקים את חופש הביטוי, מצד שני. כאמור, פירוק כזה של הסוגייה ובחינת ההסדר הראוי לה ביחס להקשרים שונים הוא הכרחי לא רק לצורך בחינה עניינית של השיקולים הרלבנטיים, אלא מתחייב גם מעקרון החוקיות במובנו המהותי, אשר לפיו הדין צריך להיות בהיר במידה סבירה.

יחד עם זאת, למרות חשיבותה של ההתחשבות בכל היבטיה של הסוגייה, ברור שגם קונקרטיזציה כזאת לא תוליך תמיד למסקנות חד-משמעיות. בסופו של דבר, אין מנוס, אם כן, מלעשות לעתים את ההכרעה בדבר ההסדר הראוי בסוגייה של חופש הביטוי העלול לפגוע בתקינותו או בתדמיתו של ההליך

השיפוטי במצב של חוסר וודאות מסוים לגבי הנושאים האמורים. חוסר הוודאות האמור אינו צריך להוליך לויתור מוחלט על ניסיון להסדיר את הסוגייה באופן ענייני. הסדרה ראויה של הסוגייה מחייבת שימוש במספר אמצעים. ראשית, כאמור, במצב כזה של חוסר וודאות יש חשיבות רבה במיוחד לניתוח מדוקדק ככל שניתן של האינטרסים הרלבנטיים כדי לבחון באילו מצבים יש טעמים חזקים להסיק כי קיימת אפשרות אמיתית של התנגשות ביניהם. בחינה ממוקדת יותר של האינטרסים העומדים על הפרק, בסוגים שונים של מצבים, עשויה להעלות כי בחלק משמעותי מהם אין התנגשות אמיתית בין האינטרסים.³¹⁵

במצבים אחרים, בהם המסקנה העולה היא כי עלולה להיות התנגשות כזאת, יש לגבש עקרונות כלליים לשם הדרכה כיצד להכריע גם כאשר המצב העובדתי אינו ידוע בוודאות. גם בשלב זה יש לתת את הדעת לכל היבטיה של הסוגייה כדי לגבש עקרון הכרעה הולם.

העיקרון הבסיסי לגבי מצבים בהם נראה כי יש התנגשות בין האינטרסים הרלבנטיים צריך להיות הגנה על הגרעין הקשה של כל אחד מהם.³¹⁶ כדי ליישם עיקרון זה יש, אפוא, לזהות מהו גרעין האינטרס בחופש הביטוי הנוגע להליך השיפוטי, מצד אחד, ומהו גרעין האינטרסים בתקינות ההליך ובאמון בו, מצד שני. עקרון הכרעה זה מבוסס, לכן, על ההנחה שישנם הבדלים משמעותיים בעוצמתו של כל אחד מן האינטרסים בהקשרים שונים. ישנם מצבים בהם האינטרס הוא חזק מאוד (גרעין האינטרס) וישנם מצבים בהם הוא חל אמנם, אך בעוצמה פחותה. אם הערכה זאת היא נכונה אזי יכול עיקרון זה לספק פתרון אמיתי ביחס לרוב מצבי הקונפליקט (למעט אלה בהם יש התנגשות בין הגרעין הקשה של אינטרסים נוגדים).

עקרון ההכרעה השני שיש, לדעתי, לאמץ, הוא של העדפת חופש הביטוי במצבים בהם אין טעמים חזקים להניח כי הוא עלול לפגוע באופן משמעותי בתקינותו של הליך שיפוטי. כבר הסברתי מדוע ראוי לדרוש, ככלל, טעם חזק כדי להצדיק הטלת מגבלה על ביטויים הנוגעים להליך שיפוטי, לאור חשיבותו של סוג ביטוי זה.³¹⁷ שיקול המחוק את המסקנה האמורה הוא הקושי בהגבלתו של סוג ביטוי זה, כמו סוגים אחרים של ביטויים, באופן מוחלט. כפי שאסביר בתחילת הפרק הבא, קושי זה אינו צריך להוות סיבה לזנוח כל ניסיון

לעשות כן, מפני שלרוב, כמו גם בהקשר הנדון, יש טעם בהשגת המטרה אף באופן חלקי.³¹⁸ אולם, הקושי האמור מחזק את המסקנה שיש להטיל הגבלות עליו רק כאשר יש טעמים חזקים לעשות כן, כלומר, כאשר הסכנה לאינטרס של תקינות ההליך השיפוטי היא משמעותית הן מבחינת הסתברותה והן מבחינת חומרתה. כפי שנראה במהלך הפרק הבא, עיקרון ברוח זאת נהוג בשיטות משפט רבות.

לעומת זאת, אם ישנם טעמים חזקים להגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם של הליכים שיפוטיים ראוי, לדעתי, לעשות כן. הסיבה המרכזית העומדת בבסיסה של הכרעה זאת היא האופי השונה של שני האינטרסים. האינטרס בחופש הביטוי מבוסס בעיקר (אם כי לא רק!) על טעמים תוצאתיים המכוונים להשגתן של מטרות כלליות המשותפות למספר רב של פרטים (החיים במסגרת חברתית מסוימת). בשל כך, פגיעות נקודתיות באינטרס זה, כל עוד שומרים על כלל של חופש ביטוי כנקודת מוצא, כפי שהצעתי, לא תסכלנה את המטרות האמורות לחלוטין. אמנם, כאשר מעריכים את הטעמים בעד ונגד הגבלת חופש הביטוי, אין מקום להתמקד בביטוי ספציפי, שכן הפגיעה שתיגרם עקב הגבלתו של ביטוי בודד תהיה, כמעט תמיד, קלה מאוד. לכן, יש לבחון את ההשלכה של הגבלת סוג הביטוי העומד על הפרק, כאשר אפיון הסוג צריך להיעשות באופן מוגדר וברור ככל האפשר, כך שהאפיון יהיה משמעותי, אך, עם זאת, יכלול מספר שאינו זניח של ביטויים. אולם, גם אם בוחנים את השלכות ההגבלה של סוגים של ביטויים, עדיין הגבלה שלהם לא תהיה כזאת שתפגע באופן אנוש במטרות שחופש הביטוי נועד לקדם. דבר זה נכון אף כאשר הפגיעה היא בגרעין הקשה של חופש הביטוי, כלומר, בסוגי הביטויים החשובים ביותר, אם כי אז יהיה, כמובן, מחיר הפגיעה כבד בהתאם. לעומת זאת, האינטרס בהגנה על תקינותם של הליכים שיפוטיים הוא, קודם כל (לא רק!) אינטרס של הצדדים להליך. בשל כך, פגיעה באינטרס זה תסכל לחלוטין את המטרה הראשונית עליה הוא מיועד להגן. כאשר הגרעין הקשה של שני האינטרסים מתנגש, וישנם טעמים טובים להגבלת הביטוי לשם הגנה על תקינותו של הליך שיפוטי, ראוי, לכן, להעדיף את האינטרס האחרון. במצב כזה יש הצדקה, למשל, להגביל אף ביטוי חשוב במיוחד אם המסקנה היא שהשמעתו תיצור סכנה רצינית של סיכול זכותו

של נאשם בביצוע עבירה פלילית חמורה למשפט הוגן.³¹⁹ במצבים האמורים, של התנגשויות בין הגרעין הקשה של שני האינטרסים, חשוב להזכיר את האפשרות של מניעת ההתנגשות. אפשרות כזאת נובעת, בין השאר, מכך שהאינטרס בניהולו של הליך שיפוטי עשוי לעתים להיות חלש יותר מאשר האינטרס בהגנה על תקינותו של הליך שיפוטי שהוחלט לנהלו. לפיכך, ייתכן, למשל, שחשיבותו של ביטוי מסוים תהיה כה גדולה עד שראוי יהיה להימנע מניהולו של הליך פלילי שהתרת הביטוי תפגע בתקינותו.

המצב הוא שונה בכל הנוגע להגנה על תדמיתם התקינם של הליכים שיפוטיים, כלומר, על אמון הציבור בהם, בשל אופיו של אינטרס זה הדומה יותר לאופיו של האינטרס בחופש ביטוי מאשר לאינטרס בתקינותו של הליך שיפוטי מסוים. בנוסף, למרות שאין לפסול את האינטרס בהגנה על אמון הציבור בתקינותם של הליכים שיפוטיים, שהוא כשלעצמו אינטרס לגיטימי, יש לזכור גם שההגנה עליו היא ספקולטיבית במידה רבה מאוד, מזה שמחייב זהירות רבה לפני שמגבילים ביטויים לשם ההגנה עליו.