

**"משפט מתנהל בבית המשפט ושם בלבד":
על עברת הסוב יודיצה בעקבות ע"א 409/13 שידורי קשת
בע"מ נ' קופר**

מאת

דון סוסונוב* ודורון מנשה**

כלל הסוב יודיצה (מלטינית: "תחת המשפט", עניין התלוי ועומד בבית המשפט), המעוגן בסעיף 71 לחוק בתי המשפט, אוסר על פרסומים בקשר להליך פלילי תלוי ועומד בבית משפט "במטרה להשפיע" על מהלך המשפט או על תוצאותיו. זה שנים רבות שעברת הסוב יודיצה נחשבת ל"אות מתה" בספר החוקים הישראלי, בבחינת "הלכה ואין מורין כן". תחקיר "עובדה" בעניינו של הנאשם קופר הוא בעיקרו סדרת ראיונות של עדות התביעה המרכזיות ("הנשים בחייו של הנאשם") טרם שמיעת העדים הרלוונטיים במשפט עצמו, תוך מעין דימוי של הליך משפטי. אין מדובר בדיווח על מה שנאמר בחקירת המשטרה וגם אין מדובר בריאיון עם עד בודד, שלא כפרסומים קודמים בכלי התקשורת. להפך – מדמים באופן זה "מעין משפט" באמצעות סדרת ראיונות עם עדי מפתח מטעם התביעה שכוחו הלכאורי עצום. פרשת קופר מספקת הזדמנות שאולי לא תחזור על עצמה: להעמיד את ההלכה בנושא עברת הסוב יודיצה על מכונה ולעשות צעד נכון בכיוון של שמירה על העיקרון הבסיסי שלפיו משפטו של כל נאשם בפלילים אמור להתנהל בבית המשפט ושם בלבד. עיון מעמיק בנסיבותיה של פרשת קופר ממחיש כי אימוץ מבחן הסתברותי של "אפשרות סבירה" באשר לסעיף 71 לחוק בתי המשפט (בנוסחו היום) הוא מחויב המציאות, למצער כשעסקינן בחשש מפני השפעה אסורה על עדים האמורים להעיד במשפט.

* עורך דין, מוסמך למשפטים ועמית הוראה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. גילוי נאות: הכותב התמחה בלשכת השופט נ'עם סולברג בבית המשפט העליון, אך לא עסק או טיפל בעניין נושא המאמר דנן. dsosunov@research.haifa.ac.il

** דוקטור למשפטים ומרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. dmenashe9@gmail.com

א. מבוא

בשנים האחרונות ניתן לזהות גידול ניכר במעורבותה של התקשורת בסיקור ההליכים המשפטיים בישראל ובעולם כולו. מעורבות זו באה לידי ביטוי בכיסוי תקשורתי נרחב, מתמשך ולעתים גם דעתני של חקירות משטרתיות ומשפטים פליליים המתנהלים נגד חשודים ונאשמים בעברות פליליות.¹ בדרך זו נוצר חשש שמא לדיונים "ציבוריים" מעין אלה, שלא במסגרת ההליך, תהיה השפעה פסולה על ההליך הפלילי ועל תוצאותיו באמצעות השפעה על השופטים הדנים בהליך, על העדים האמורים להעיד במשפט ואף על בעלי הדין עצמם. השפעה כזאת עלולה להוליך לכדי סטייה מכללי ההליך הפלילי, או למצער ליצור תדמית של "זיהום" ההליך השיפוטי ולכרסם בעקרון היסוד במשפט הפלילי שלפיו כל אדם, בין שהוא במעמד חשוד ובין שהוא במעמד נאשם, מוחזק חף מפשע וזכאי עד אשר תוכח אשמתו ("חזקת החפות"). מנגד, ובטרם נצלול לתיאור עיקריה של פרשת קופר,² שעניינה בבקשתו של "האלמן הכפול" מר שמעון קופר לאסור את שידור תחקיר "עובדה" בעניינו טרם שמיעת העדים הרלוונטיים במשפט הרצח (הכפול) שבו הוא מואשם, נציין כי פומביות המשפט איננה רק זכות המוקנית לנאשם בלבד; עקרון פומביות הדיון בא להבטיח שצדק לא רק ייעשה אלא גם יראה לעין, מתוך אמונה שמעקב ציבורי אחר הדיון המשפטי ודיווח פרטים על אודותיו הוא כשלעצמו תמריץ לעשיית צדק, לשמירה על טוהר ההליך השיפוטי ולבירור האמת.

בנסיבות אלה, שבהן "משפט בידי עיתונות" עלול לפגום בזכותו של אדם לקיום משפט הוגן, השאלה המרכזית שבתי המשפט יאלצו להתמודד עמה היא אם יש מקום להתמודד עם חשש זה באמצעות עקרון הסוב יודיצה – הגבלת ביטויים ופרסומים שמטרתם להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו, כקבוע בסעיף 71 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד–1984 (להלן: "פרסומי סוב יודיצה"),³ לשם הגנה על תקינותם ועל תדמיתם של הליכים שיפוטיים.

לצורך כך נפנה לתיאור תמציתי של פרשת קופר כמקרה מבחן להצדקת קיומה של עברת הסוב יודיצה ואכיפתה במשפט הישראלי, שראשיתה בפסק דינו המנומק של בית המשפט המחוזי, וסופה בהפיכתו השנויה במחלוקת בבית המשפט העליון. ביום 14.1.2013 הורה

- 1 ענת פלג ורינה בוגוש "הגלימה השחורה והעיתונות הצהובה: יחסם של השופטים אל התקשורת בישראל" מסגרות מדיה: כתב עת ישראל לתקשורת 5, 13 (2010).
- 2 ע"א 409/13 שידורי קשת בע"מ נ' קופר (פורסם בנבו, 11.4.2013) (להלן: עניין קופר בעליון).
- 3 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: חוק בתי המשפט).

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט הבכיר גדעון גינת)⁴ לאסור את שידור תחקיר "עובדה", ככל שעניינו נוגע לנאשם שמעון קופר ולהליך הפלילי התלוי ועומד נגדו בשל מעורבותו (לכאורה) ברצח שתי נשותיו, בהתבסס על כלל הסוב יודיצה, האוסר על פרסום חומרים כלשהם על עניין פלילי התלוי ועומד בבית משפט "במטרה להשפיע" על מהלך המשפט או על תוצאותיו. האיסור כמעט שלא נאכף כעניין שבמדיניות, למעט בשלושה עניינים בלבד שיפורטו בהמשך, עד שהפך ל"אות מתה" על הנייר. והנה, ביום 11.4.2013 ביטל בית המשפט העליון (הנשיא ד"ר אשר דן גרוניס, בהסכמת השופטים אסתר חיות ונעם סולברג) את צו המניעה נגד שידור התחקיר מחמת נימוקים פרוצדורליים והבהיר כי הנורמה הפלילית בדבר סוב יודיצה, המאפשרת בדיעבד להעמיד לדין אדם המפרסם דברים "במטרה להשפיע" על הליך פלילי תלוי ועומד בעניינו של נאשם, איננה מתירה אוטומטית הוצאת צווי מניעה מראש הפוגעים בזכות לחופש הביטוי ובחופש העיתונות.

החלק הראשון של המאמר מבקש להעמיד לבחינה מחודשת את פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת קופר, אשר ביטל משיקולי פרוצדורה גרידא את צו המניעה שהוציא השופט גינת מבית המשפט המחוזי בתל-אביב נגד שידור תחקיר "עובדה", ובכך התיר את שידור התחקיר השנוי במחלוקת, שכאמור כלל סדרת ראיונות עם עדות התביעה המרכזיות במשפטו הפלילי של קופר טרם שמיעת העדים הרלוונטיים במשפט עצמו.

ראשית, לדעתנו, ההצדקה לקבלת הכרעה בשאלה העומדת על הפרק (השפעה אסורה על מהלך המשפט או על תוצאותיו) על יסוד נימוקים פרוצדורליים אינה משכנעת כלל ועיקר. הפרוצדורה, בכל הכבוד, איננה חזות הכול, והמטרה של עשיית דין צדק בוודאי חשובה לא פחות ממנה. שנית, מלבד הסתייגותנו מהנימוקים הפורמליים שפורטו בפסק דינו של בית המשפט העליון, עיקר הביקורת המובאת בחלקו השני של המאמר מתבססת על "אסטרטגיית ההכרעה הפלילית". משמעותה של השקפה זו היא כי בכל צומת הכרעה של המשפט הפלילי, ואף מחוצה לו, הן המחוקק הן בתי המשפט חייבים להביא בחשבון את האפשרות שהחלטתם עלולה להגביר את הסיכון לתוצאה של הרשעת חפים מפשע. זאת ועוד, אנו סבורים כי נעדרה מפסק הדין ההתייחסות לסוג העברה הפלילית שעומדת על הפרק.⁵ בענייננו עמדה שאלת הרשעתו של קופר בעברת רצח (כפול), העברה הראשונה בחומרתה מבחינת הדין הפלילי. לגישתנו, ככל שהעברה המיוחסת לנאשם חמורה יותר,

4 ה"פ (מחוזי ת"א) 13-01-19664 קופר נ' שידורי קשת בע"מ (פורסם בנוב, 14.1.2013) (להלן: עניין קופר במחוזי).

5 על פי סימן ה' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, העברות הפליליות מסווגות לשלוש דרגות חומרה: "חטא", "עוון" ו"פשע".

וככל שהעונש הצפוי בגינה קשה יותר, כך יש להקפיד יותר עם סיכון הרשעת השווא של חפים מפשע.

מחד גיסא נציג את תזת מקצוענות השפיטה, הגורסת כי ביכולתם של שופטים מקצועיים להתעלם מפרסומים חיצוניים להליך המשפטי הפלילי, אך נטען כי במקום שקיים בו חשש מפני השפעה אסורה על עדים במשפט, דוגמת פרשת קופר, שבעניינה כללה תכנית "עובדה" סדרת ראיונות עם עדות התביעה המרכזיות במשפט הרצח טרם ההרשעה בפלילים, אין כל טיעון נגד המתקבל על הדעת. נתייחס גם להחלטתו של הנשיא ד"ר אשר דן גרוניס להורות על איסור פרסום קלטות "שולה" (זקן) בפרשת טלנסקי, החלטה אשר תומכת בביקורת המובאת ברשימתנו, ונעלה ממנה מסקנות השוואתיות. מאידך גיסא נציג גם את העמדה ההפוכה שלפיה גם שופטים, מקצועיים ככל שיהיו, אינם אלא אנשים "בשר ודם" העלולים להיות מושפעים מאופי הסיקור והכיסוי התקשורתי שעלול להוביל להחריצת דין מוקדמת, תוך אזכור דעת המיעוט של השופט יורם דנציגר אגב הדיון בשאלת היחשפות בית המשפט לראיות לא קבילות בשלב הערעור בפרשת טלנסקי. במאמר זה ננסה לנסח מחדש את המבחן המתאים ביותר לעניין עברת הסוב יודיצה מנקודת המבט של "אסטרטגיית ההכרעה הפלילית". כפי שנראה, אימוץ מבחן של "אפשרות סבירה" באשר לסעיף 71 לחוק בתי המשפט הוא מחויב המציאות, למצער במקום שבו עסקינן בחשש מפני השפעה פסולה על עדים במשפט.

משיקולים של דין רצוי נראה כי פסיקת בית המשפט העליון בעניין קופר פסעה בדרך לא ראויה באשר למשקל שיש ליתן לזכות לחופש הביטוי. בהקשר זה נעמוד על נקודות איזון שונות ביחס שבין אינטרס ההגנה על טוהר ההליך השיפוטי לבין חופש הביטוי ונבחן אם בנסיבות העניין דנן (השפעה אסורה על עדים במשפט) נקט בית המשפט העליון מהלך פרשני נכון בבחירתו להימנע מיישום מבחן "האפשרות הסבירה", הוא המבחן הנוהג בהלכה הפסוקה עד תיקון מס' 32 משנת 2002 אשר במסגרתו נתווספה דרישה ליסוד נפשי של מטרה, וחלף זאת העדיף ליישם את מבחן "הוודאות הקרובה". על רקע השיקולים המפורטים ברשימתנו נשיב על כך בשלילה.

השאלה המרכזית שמאמר זה מבקש לענות עליה נוגעת למבחן ההסתברותי שרצוי להפעיל בעניין עברת הסוב יודיצה כשמדובר במקרים של השפעה אסורה על עדים במשפט: מבחן "האפשרות הסבירה" או מבחן "הוודאות הקרובה". נראה כי אמנם המבחן המתאים ביותר לדעתנו הוא מבחן "האפשרות הסבירה", אך נציע גם לשקול אימוץ חלופה מאוזנת יותר – מבחן משפטי שבוחן את תוכנו של הפרסום ואת הביטויים שבו ללא כל קשר להסתברות פגיעתו בהליך הפלילי – אשר תבטיח את קיומו של האינטרס במניעת "משפט בידי עיתונות" מבלי לפגוע שלא לצורך בחופש העיתונות.

ב. רקע עובדתי על פרשת קופר ועל עברת הסוב יודיצה

ביום 10.1.2013, ארבעה ימים לפני המועד שנקבע לשידור תחקיר "עובדה" בעניינו של הנאשם קופר, הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, על דרך של המרצת פתיחה, בקשה למתן צו מניעה לאסור את השידור מתוקף סעיף 71 לחוק בתי המשפט. יוער כי בד בבד עם הגשת הבקשה למתן צו המניעה הגיש קופר בקשה לפטור משלום אגרה מחמת מצוקה כלכלית.

בשל סמיכות הזמנים בין מועד הגשת שתי הבקשות האמורות לבין המועד שבו תוכנן שידור התחקיר בעניינו של קופר זימן בית המשפט המחוזי את הצדדים כדי לקיים קדם-משפט בהליך העיקרי וכן לדון בבקשה למתן סעד זמני. הדיון במעמד הצדדים התקיים ביום 14.1.2013, הוא המועד שיועד לשידור התחקיר. במהלך הדיון, ובהסכמת הצדדים, החליט בית המשפט המחוזי להכריע בהליך העיקרי, ופסק דינו ניתן בו ביום.

עיקר הדיון המשפטי נסב על סעיף 71 לחוק בתי המשפט, שכותרתו: "מניעת פגיעה בהליך פלילי", ועל התנאים המנויים בו:

מניעת פגיעה בהליך פלילי

- "71. (א) לא יפרסם אדם דבר על ענין פלילי התלוי ועומד בבית משפט במטרה להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו, וראייה מראש את ההשפעה האמורה כאפשרות קרובה לודאי כמוה כמטרה להשפיע, והכל אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור.
- (ב) לענין סעיף זה, "ענין פלילי התלוי ועומד בבית משפט" – משעה שהוגשה לבית המשפט באותו ענין 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.
- (ג) איסור הפרסום אינו חל על פרסום ידיעה בתום לב על דבר שנאמר או שאירע בישיבה פומבית של בית משפט.
- (ד) העובר על הוראות סעיף זה, דינו – מאסר שנה אחת."

הדין הוא ברור: המחוקק קבע עברה פלילית וסנקצייה בצדה. סעיף 71 לחוק בתי המשפט קובע עברה פלילית בגין פרסום כל "דבר" על עניין פלילי התלוי ועומד בבית משפט "במטרה להשפיע" על מהלך המשפט או על תוצאותיו. כלומר על מנת שתשתכלל עברה מתוקף הסעיף האמור, יש להוכיח קיומם של שני תנאים מצטברים: האחד, שהפרסום ייעשה "במטרה להשפיע" על מהלך המשפט או על תוצאותיו, או שניתן לצפות במידה

“קרובה לוודאי” כי תהיה השפעה על המשפט; השני, שבפרסום אכן יש “כדי להשפיע” על ההליך השיפוטי.

סעיף 71 לחוק בתי המשפט, בנוסחו עובר לתיקון מס' 32 משנת 2002, אסר כמעט לחלוטין, באמצעות עברה פלילית, על כל ביטוי העלול לסכן את תקינותו של הליך שיפוטי, אך למעשה התביעה הפלילית כמעט שלא אכפה איסור זה. בעבר לא הייתה באיסור הפלילי הבחנה בין סכנה לגיטימית לבין סכנה פסולה או בין סכנה חמורה שעשויה אולי להצדיק הגבלה של חופש הביטוי לבין סכנה קלה שאינה מצדיקה זאת. סעיף 71 לחוק בתי המשפט (בנוסחו הקודם) התעלם מהבחנות בין סוגים שונים של ביטויים על פי ערכם, ולכן היווצרותה של העברה הפלילית לא הייתה תלויה בהשפעתו בפועל של הפרסום על מהלך המשפט או על תוצאותיו. די היה בכך, על פי הסעיף החקיקתי בנוסחו דאז, שיש בפרסום “כדי להשפיע”, קרי שהוא יכול להשפיע.

משתוקן החוק בשנת 2002, ההכוונה היחידה שניתן למצוא באיסור הקיים בנוסחו כיום (הכולל דרישה ליסוד נפשי של מטרה) היא שהפרסום צריך ליצור סכנה “קרובה לוודאי” להשפעה על הליך שיפוטי. ואולם, הכוונה זאת אינה רבה, מפני שאף שברור כי אין כוונת המחוקק לכל סכנה שהיא, קשה להעריך ולאמוד את עצמת הסכנה הנדרשת ככלל והנוצרת בפועל בהקשרים שונים. לפיכך תוכנו של האיסור הפלילי הנוכחי בסעיף 71 לחוק בתי המשפט נותר עמום גם כיום. לא מפתיע אפוא כי בית המשפט העליון (השופט יצחק עמית) קבע בעניין נאצר⁶ כי “בשנים האחרונות נפרצו הסייגים והגדרות לגבי איסור הסוב-יודיצה הקבוע בסעיף 71 לחוק בתי המשפט... והוא הפך לאסקופה הנדרסת”. גם לעמדת ד"ר יובל קרניאל,⁷ העובדה כי הסעיף החקיקתי מעולם לא נאכף חרף השינוי החקיקתי שהוחל בו (שינוי שעיקרו להבהיר ולצמצם את תחולת החוק על קשת המקרים המתאימים לאכיפת איסור הסוב יודיצה) מוכיחה כי רשויות התביעה הישראליות נעדרות את היכולת ואת הרצון לאכוף את האיסור הפלילי על כלי התקשורת.

הדברים אינם מסתכמים בכך. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2005 בנושא העמדה לדין פלילי בגין עברת הסוב יודיצה מורה כי ככלל יש לנהוג במדיניות של ריסון ואיפוק בשאלת ההעמדה לדין המבטאת את האינטרסים השונים ובייחוד את החשש מפני פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי. אף על פי כן הנחיית היועץ האמורה מפרטת את השיקולים שבחינתם עשויה לסייע בידי התובע בבואו להכריע בשאלת ההעמדה לדין

6 ע"פ 9093/08 נאצר נ' מדינת ישראל, פס' 35 לפסק דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 7.12.2011).

7 Yuval Karniel, *Who Needs the Sub Judice Rule? Israel as a Test Case in the Relationship Between Law and Media*, 6 JOURNAL OF MEDIA LAW 68 (2014).

בעברה זו. נראה כי משיקולים אלה ניתן לגזור את רשימת המקרים החריגים שבעניינם מתעורר חשש ממשי להשפעה אסורה על מהלך המשפט או על תוצאותיו:⁸

א. פרסום הכולל הבעת דעה נחרצת בעניין אשמה או חפות, בעניין רמת הענישה הראויה, או בכל עניין מהותי אחר הטעון הכרעה שיפוטית;

ב. פרסום הכולל הבעת דעה ברורה על עדויות שנשמעו במשפט ועל מידת מהימנותם של עדים;

ג. פרסום ראיות שאינן קבילות בבית המשפט;

ד. פרסום דיווח בלתי נכון באופן מובהק על שנאמר או שנעשה בישיבה פומבית של בית המשפט, שיש בו כדי להשפיע על עדים שטרם העידו.

ניתן אפוא לראות כי מחצית מהשיקולים שפורטו לעיל (שניים מתוך ארבעה) מתייחסים להשפעה אסורה על עדים במשפט. יתר על כן, בנוסחה הקודם של הנחיית היועץ האמורה (משנת 1992) הופיעה קטגוריה נוספת ברשימת השיקולים שבעניינם מתעורר חשש ממשי להשפעה אסורה על המשפט. ובכך, מדובר בלא אחרת מאשר קטגוריה ייחודית המתייחסת לעדים האמורים להעיד במשפט: "פרסום ראיון עם בעלי דין, או עם עדים האמורים להעיד במשפט, או פרסום המביא את גירסאותיהם של אלה, למעט פרסום ידיעה בתום לב על דבר שנאמר, או שאירע, בישיבה פומבית של בית המשפט".⁹

אולם זה זמן רב שהיועץ המשפטי לממשלה אוהז בעמדה הכללית כי שימוש בסנקציה פלילית באופן הפוגע בחופש הביטוי, זכות עילאית בשיטת המשפט הישראלית, צריך להיעשות במשורה. מסיבה זו נמנע היועץ בעבר השופט אליקים רובינשטיין (כיום המשנה לנשיאת בית המשפט העליון) מלהעמיד לדין פלילי את יוצר הסרט "ג'נין ג'נין", מר מוחמד בכרי,¹⁰ אף שרבים מנימוקיו בבקשתו לדיון נוסף בבג"ץ בשאלת התרת הסרט להקרנה

8 "הנחיות לתובעים בנושא העמדה לדין בעברת הסוב יודיצה" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.1102 (051.051) (א) (25.8.2005) index.justice.gov.il/Units/YoezMespati/ (להלן: הנחיות היועץ החדשות). HanchayotNew/Seven/41102.pdf

9 "העמדה לדין בעברת סוב יודיצה" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 051.051 (13.3.1992) (להלן: הנחיות היועץ הישנות).

10 החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה (דאז) השופט אליקים רובינשטיין משנת 2003 שלפיה נסיבות העניין אינן מצדיקות שינוי מהמדיניות המצמצמת של אכיפת עברות המשיקות לחופש הביטוי התקבלה במועד סמוך לפרסום הסרט, זמן קצר לאחר פסיקת בית המשפט העליון אשר נקבע בה כי הסרט רצוף שקרים, אולם אין בכך כדי לאסור את הקרנתו בבתי הקולנוע במדינת ישראל; החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה (דאז) השופט מנחם (מני) מזוז מהשנים 2009 ו-2010, שלפיהן נסיבות העניין אינן מצדיקות נקיטת הליך פלילי נגד מר בכרי התקבלו זמן קצר לאחר פסיקת בית המשפט המחוזי מרכז שלפיה אין עומדת לחיילי צה"ל עילת תביעה אזרחית נגד מוחמד בכרי. ראו "החלטת היועץ המשפטי לממשלה" בעניין הסרט "ג'נין ג'נין" <http://index.justice.gov.il/Publications/News/Pages/Jenin11214.aspx> (11.12.2014).

בציבור מלמדים במובהק על קיום "עניין לציבור" בהגשת כתב אישום בגין הוצאת לשון הרע על חיילי צה"ל שלחמו בג'נין.¹¹ חשוב לציין בהקשר זה כי לאחרונה הזיז בית המשפט העליון את נקודת האיזון החוקתית במשפט הישראלי בדבר הזכות לחופש הביטוי כשהורה לראשונה, בפרשת פלונית,¹² על צנזורה של יצירה ספרותית, ודומה כי המטוטלת נעה לכיוון שבו הזכות לחופש הביטוי נסוגה מפני זכויות אחרות. אמנם בפרשת פלונית הנ"ל נקבע כי חופש הביטוי האמנותי הוא שייסוג מפני הזכות לפרטיות, אך לדעתנו ניתן להקיש מנסיבותיה של פרשה זו – שבה נקבע בצעד חריג כי יש לצנזר יצירה ספרותית שפוגעת בליבת הזכות לפרטיות – גם למקרים שבהם נפגע חופש הביטוי במובנו הפוליטי (פרסום כתבה עיתונאית או שידור תכנית תחקירים). לכן לא מן הנמנע כי על בית המשפט יהיה לשקול שימוש באמצעים שונים העומדים לרשותו במקרים דומים, ונראה כי דחיית שידור תחקיר "עובדה" בענייננו למועד המאוחר לשלב שמיעת העדים במשפטו של הנאשם קופר (קרי לאחר סיום המשפט או למצער עד להשלמת הליך שמיעת הראיות כפי שהציע השופט גינת) היא אמצעי ראוי ומידתי שאינו מונע לחלוטין את הפרסום, כי אם דוחה אותו זמנית בלבד.

ג. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת קופר

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט הבכיר גדעון גינת) קבע, בהסתמך על פרשת נאצר,¹³ כי נתונה לו סמכות לנקוט צעדים מניעתיים מראש, מכוח הוראת סעיף 71 לחוק

11 נעם סולברג "לשון הרע על ציבור", פרשת בשלח, תשס"ד, גיליון מס' 155, אתר דעת (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/155-2.htm. ביום 22.4.2013 שופט בית המשפט העליון נעם סולברג, אשר שימש בעברו עוזר ליועץ המשפטי לממשלה, הביע עמדה דומה בכינוס "חוק וקולנוע" מטעם מחוז תל-אביב והמרכז של לשכת עורכי הדין. ביום 11.12.2014 החליט היועץ המשפטי לממשלה בעת כתיבת שורות אלו, עו"ד יהודה ויינשטיין, כי אין מקום לשנות את החלטותיהם של שני היועצים המשפטיים לממשלה שכינה לפניו – שופטי בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין ומנחם (מני) מזוז – שלפיהן אין מקום להורות על פתיחה בחקירה נגד יוצר הסרט "ג'נין ג'נין" מוחמד בכרי בגין ביצוע עברה לפי סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965: "באין נסיבות שונות וחריגות מאלה שעמדו בפני קודמי, בחלוף למעלה משניים עשר שנים לאחר שהסרט בא לעולם, לאחר שהערכאות השיפוטיות בפניהן נדון העניין עמדו על הכובים שבו, ולנוכח מדיניות התביעה העקבית ורבת השנים, מצאתי שאין מקום לשנות מהחלטות קודמי ולהורות על פתיחה בחקירה". ראו לעיל ה"ש 10.

12 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.5.2014).

13 ראו עניין נאצר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.

בתי המשפט, ולא רק צעדי ענישה בדיעבד.¹⁴ השאלה המשפטית שעמדה על הפרק היא אם מתקיימים התנאים שמונה החוק בהתייחס לתחקיר "עובדה", אשר את שידורו ביקש הנאשם קופר למנוע בכל דרך. בתוך כך קבע בית המשפט המחוזי כי בשל תוכנה הצפוי של התכנית הטלוויזיונית, בשל חשיבותה של התכנית "עובדה" ובשל היותה משודרת בערוץ טלוויזיוני מרכזי (ערוץ 2), אין זה מופרך לצפות כי האפשרות ששידור התחקיר בעניינו של קופר עלול להשפיע על מהלך המשפט, ובכלל זאת על השופט הדן בהליך או על העדים שאמורים להעיד במשפט. האפשרות לעמדת השופט גינת היא קרובה לוודאי, כמצוות המחוקק, ואלה דבריו: "המסקנה בדבר 'מטרה להשפיע על מהלך המשפט' היא בגדר אפשרות קרובה לוודאי וצפויה מראש".¹⁵

השופט גינת קבע כי האינטרס הציבורי של שמירת טוהר ההליך השיפוטי גובר בנסיבות העניין על אינטרסים חשובים אחרים, כדוגמת חופש הביטוי וחופש העיתונות.¹⁶ השופט גינת הוסיף וציין כי העובדה שנציגי תכנית "עובדה" בחרו שלא להגיש תצהיר בתמיכה לעמדתם, ובמהלך הדיון שהתקיים אף סירבו להציג את תוכני התחקיר המיועד לשידור לעיון בית המשפט, אינה מאפשרת לקבל את טענותיהם באשר למטרותיהם המוצהרות בנוגע לאותו שידור ולנזקים העצומים שנטען שייגרמו להם ולציבור אם אכן יורה בית המשפט על איסור שידור התחקיר.¹⁷

על יסוד האמור קיבל בית המשפט המחוזי את בקשתו של הנאשם קופר למתן צו מניעה ואסר לשדר את התחקיר בעניינו, ככל שהוא מתייחס להליך הפלילי התלוי ועומד נגדו. עם זאת נקבע כי בעל דין המעוניין בכך יהיה רשאי לפנות לערכאה המוסמכת בבקשה מתאימה לשינוי צו המניעה בשל התקדמות ההליך הפלילי או עקב שינוי בנסיבות.¹⁸ עוד נקבע כי המשיבים יישאו באגרת המשפט, אשר לא שולמה בידי קופר, וזאת אף שבקשתו לפטור מאגרה טרם נדונה וממילא לא הוכרעה.¹⁹ עם זאת בשל הפגמים הדיוניים שנפלו בהגשת ההליך מצדו של קופר קבע השופט גינת כי לא ייפסקו הוצאות לטובתו.²⁰ ייאמר מיד: זו התייחסותו היחידה של בית המשפט המחוזי לפגמים הדיוניים שנפלו בבקשתו של קופר, ולא בכדי (ראו ההסבר לכך בפרק ה' להלן).

- 14 ראו עניין קופר במחוזי, לעיל ה"ש 4, פס' 19 לפסק דינו של השופט גינת.
 15 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט גינת.
 16 שם, בסיפה לפס' 22 לפסק דינו של השופט גינת.
 17 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט גינת.
 18 שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט גינת.
 19 שם, פס' 26 לפסק דינו של השופט גינת.
 20 שם, שם.

ד. פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת קופר

מבחינה פורמלית ניתן לומר כי פסק הדין של בית המשפט העליון קיבל את ערעורן של תכנית "עובדה" ושל העיתונאית ד"ר אילנה דיין-אורבך בעיקר על יסוד נימוקים פרוצדורליים, קרי העובדה כי הנאשם לא שילם אגרה בפנותו לבית המשפט המחוזי לפי תקנה 2(ג) לתקנות האגרות,²¹ וכי לא הגיש תצהירים כמצוות תקנה 241(א) לתקנות סדר הדין האזרחי.²² אולם מבחינה מעשית הביעו שלושת שופטי ההרכב את עמדותיהם בשאלת היחס בין עברת הסוב יודיצה לבין בקשתו של נאשם במסגרת הליך אזרחי להוצאת צו מניעה בנוגע לשידור מתוכנן של פרטים ועדויות על ההליך הפלילי המתנהל נגדו בבית המשפט.

1. עמדת הנשיא גרוניס

הנשיא ד"ר אשר דן גרוניס חזר וקבע בפסק דינו כי בשים לב לשורת הפגמים הדיוניים שנפלו בבקשותיו של הנאשם, קרי אי-תשלום אגרה,²³ אי-צירוף תצהירים,²⁴ היעדרה של התחייבות עצמית בבקשה למתן סעד זמני וכן אי-הפקדת ערבות כלל,²⁵ אין מנוס אלא לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי:²⁶

"אנו סבורים כי הליקויים הדיוניים הקשים שנפלו בבקשות שהגיש המשיב מצדיקים את התערבותנו בפסק דינו של בית משפט קמא... סבורני כי הפגמים הדיוניים החמורים שנפלו בבקשותיו של המשיב מצדיקים התייחסות שונה מזו שמצאה ביטוי בפסק דינו של בית משפט קמא... אנו סבורים כי שורת הפגמים הדיוניים שנפלו בבקשותיו של המשיב אינן בגדר 'שטויות'... פגמים אלה חייבו את בית משפט קמא שלא להיעתר לבקשות, ולמצער לחייב את המשיב לפעול לתיקון הפגמים. משלא תוקנו הפגמים, אף לאחר הגשת הבקשות, מצדיק הדבר את התערבותה של ערכאת הערעור... אין מבקש הסעד זכאי לפטור מעמידה בכללים דיוניים בסיסיים".

21 תקנות כתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007.

22 תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

23 ראו עניין קופר בעליון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

24 שם, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

25 שם, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

26 שם, פס' 9, 11 ו-149 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

לגופו של עניין, קבע הנשיא גרוניס כי אי אפשר להתעלם מכך שבכלי תקשורת שונים הופיעו פרסומים קודמים בעניין ההליך הפלילי המתנהל נגד הנאשם קופר.²⁷ לדידו, פרסומים אלה "מקהים" במידה רבה את הפגיעה (הנטענת) בנאשם בשל שידור תחקיר "עובדה" בעניינו, וזאת אף מבלי לצפות בתכנית עצמה. הנשיא גרוניס אף הסביר כי הותרת צו המניעה על כנו בנסיבות אלה עלולה ליצור מצב שבו "חוטא יוצא נשכר" ביחס לכלי תקשורת אחרים שפרסמו זה מכבר פרטים שונים ורבים על ההליך המשפטי הפלילי המתנהל בעניינו של הנאשם קופר, אך לא ננקט כלפיהם כל הליך פלילי או למצער הליך אזרחי.²⁸

ואולם, דעתנו שונה. בהנמקתו של הנשיא גרוניס, שלפיה "פרסומים קודמים" בפרשת קופר (המפרים את צו איסור הפרסום, או פרסומי סוב יודיזה) הופכים לכאורה את הצו המבוקש בעניינו ללא רלוונטי (בבחינת "הסוסים כבר יצאו מהאורווה"), טמון כשל נורמטיבי בסיסי בבחינת הדיון בהצדקה לאיסור לנוכח הפרתו. כשל זה מאפשר למציאות בפועל לקבוע את הפרשנות לכללים המשפטיים ללא תנאי. ושוב, בדרך זו הבעיה מחמירה, שכן פרסום הסוב יודיזה הוא המייצר את הפרצה בעצמו. ומלבד זאת אנו סבורים כי דימוי הליך משפטי על דרך של ראיונות עם עדות התביעה המרכזיות במשפט הפלילי הוא חריג באופיו ובהיקפו מבחינת סכנת ההשפעה על העדים המעידים במשפט, הגם שכלי תקשורת אחרים כבר פרסמו פרטים שונים ורבים על אודות ההליך הפלילי התלוי ועומד בעניינו של הנאשם קופר.

לאור כל האמור, הנשיא גרוניס קיבל את הערעור ובתוך כך ביטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בשולי הדברים הביע הנשיא גרוניס את עמדתו לעניין מניעת פרסומים מראש, בהתבסס על כלל הסוב יודיזה. הערתו הראשונה עסקה ביחס שבין אמצעי של "אכיפה/ענישה בדיעבד", דוגמת האיסור הפלילי המוסדר בסעיף 71 לחוק בתי המשפט, לבין אמצעי של "מניעה מראש", דוגמת צו מניעה שיפוטי מעין זה שהוצא בבית המשפט המחוזי. לדידו, אמצעי "מניעת" בדמות צו מניעה המונע מראש שידור או פרסום פוגע פגיעה חריפה ביותר בחופש הביטוי הרב מפיגעתה של "ענישה בדיעבד". ההערה השנייה נגעה לסוגיית השימוש בצו מניעה בהליך אזרחי על מנת למנוע ביצועה של עברה פלילית. הנשיא גרוניס ציין כי כלל הסוב יודיזה הוא בראש ובראשונה הוראה פלילית הגוררת העמדה לדין בדיעבד, ומשכך, השימוש בה לשם מניעה מראש של פרסומים הנוגעים להליך פלילי תלוי ועומד חייב להיעשות במשורה. בהקשר זה הבהיר הנשיא גרוניס כי בתי המשפט

27 שם, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

28 שם, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

באנגליה נוקטים גישה מצמצמת כלפי הכוח להוציא צווי מניעה נגד פרסומים העלולים להשפיע על הליכים שיפוטיים, בשל החומרה המיוחסת לאמצעי זה.²⁹ גם בנקודה זו דעתנו שונה. הגישה שלפיה הטיפול ההולם והראוי באיסור הפלילי לכאורה יימצא בענישה בדיעבד על עברת הסוב יודיצה מסתמנת כמעשית עוד פחות. האם אכן מבחינה ציבורית מניעת פרסומי סוב יודיצה במהלך המשפט הפלילי נתפסת כפגיעה בערכי חופש הביטוי והעיתונות החמורה מענישה בדיעבד (צנזורה עצמית)? תמהנו. בפועל ענישה בדיעבד כמעט שאינה מתרחשת, ולכן קשה לבחון זאת, אם בכלל. מלבד זאת חשוב לזכור שגם לענישה בדיעבד, או אפילו לחשש מפני ענישה כזאת, עשויה להיות השפעה מרתיעה, ולפיכך מרסנת, על פרסומים בכלי התקשורת.³⁰ באשר לחומרת היתר שהנשיא גרוניס רואה במניעה מראש של פרסומי סוב יודיצה אנו סבורים כי גישה זו שנויה במחלוקת מבחינת הרציונל שלה. הלכה זו רואה לנגד עיניה את חופש הביטוי בלבד ומתעלמת מזכויות יסוד אחרות. כאשר ממתנינים שהעברה הפלילית תבצע בפועל, יש להביא בחשבון שעצם ביצועה פוגע בקרבנותיה, וקרוב עברת הסוב יודיצה בהקשר זה הוא לא אחר מהנאשם עצמו. לכן למניעה מראש יש לעתים השלכות קשות פחות מלענישה בדיעבד, ולכן לא ניתן ביטוי מתאים בפסק הדין בעניין קופר. זאת ועוד, ד"ר ראם שגב סבור כי השאלה שראוי לבחון היא איזו חלופה עדיפה מבחינה נורמטיבית כוללת ולא רק מהבחינה של חומרת הפגיעה בחופש הביטוי, ולכן לשיטתו, העמדה המקובלת המעניקה העדפה גורפת לענישה בדיעבד בגין השמעת ביטויים על פני מניעה מוקדמת של השמעם, אינה סבירה.³¹

מעניין כי לאחרונה דווקא הנשיא גרוניס בחר לנקוט גישה מתונה וזהירה בעניינו של ראש הממשלה לשעבר מר אהוד אולמרט, במסגרת הדיון בערעור המדינה על זיכוי בפרשת טלנסקי.³² הנשיא גרוניס קיבל את בקשת פרקליטיו של אולמרט לאסור את פרסום קלטות "שולה" (זקן), הנסמכת כל כולה על עקרון הסוב יודיצה,³³ והורה על הוצאת צו איסור

29 שם, שם.

30 משה נגבי "איסורים על פרסומים מתסיסים" חופש העיתונות בישראל – ערכים בראי המשפט 61 (מהדורה שנייה, 1999).

31 "ריאיון עם ראם שגב – חופש הביטוי: הצדקות וסייגים" (30.12.2008) אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה www.idi.org.il.

32 ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט (פורסם בנבו, 1.6.2014); ראו החלטות נוספות מיום 2.6.2014 ומיום 17.6.2014.

33 כך נכתב בבקשת פרקליטיו של אולמרט: "עקב העניין התקשורתי הרב שבפרסום ושידור הקלטות שבהן משוחחים אולמרט וזקן קיימת הסתברות קרובה לוודאי, ולמען האמת יש ודאות מוחלטת, כי עם פקיעת צו איסור הפרסום ביום א' הקרוב יפתחו הקלטות את כל מהדורות חדשות הערב ברדיו ובטלוויזיה, ויפורסמו מיד לציבור לאחר מכן בכל מדיה

"משפט מתנהל בבית-המשפט ושם בלבד": על עברת הסוב יודיזה בעקבות ע"א 409/13 שידורי קשת בע"מ נ' קופר

שערי משפט ח תשע"ו

פרסום על כל שמונה הקלטות שביקשה המדינה להגיש במסגרת הבקשה להוספת ראיות חדשות. על פני הדברים, עמדה זו של הנשיא גרוניס סותרת את פסיקתו שלו בפרשת קופר, שבה זכור נקבע כי גם במקרים שבהם עולה חשש להפרת כלל הסוב יודיזה יש להעדיף אמצעי של "אכיפה/ענישה בדיעבד" באמצעות העמדה לדין פלילי על פני אמצעי של "מניעה מראש" באמצעות הוצאת צווי איסור פרסום.

באשר לסוגית זכות העמידה ציין הנשיא גרוניס כי המצב המשפטי הקיים באנגליה לעניין זה אינו ברור, ואלה דבריו:³⁴

"המצב המשפטי באנגליה לעניין זה אינו ברור: האם רק ה- Attorney General רשאי לפנות בבקשה כאמור או גם האדם שעלול להיפגע מן הפרסום (ראו Leary v. BBC, September 29, 1989 (Unreported, C.A.) שמביע את הדעה שאדם פרטי רשאי לעתור לסעד, אך בבית הלורדים העניין נותר פתוח: 2 [1991] P. v. Liverpool Daily Post and Echo Newspapers Plc (A.C. 370, 425 (Lord Bridge))."

לבסוף קבע הנשיא גרוניס כי ממילא נוכח חלקו הראשון של פסק הדין (הנימוקים הפורמליים שהובילו לקבלת הערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי), אין הוא נדרש להכריע בשאלה באילו מקרים, אם בכלל, יוכל אדם פרטי בישראל לעתור לצו מניעה בהליך אזרחי על מנת למנוע ביצוע עברה של סוב יודיזה.³⁵ ואולם, נדמה כי נפלה כאן טעות בתיאור המצב המשפטי באנגליה. לפחות בשלושה פסקי דין אנגליים שונים נקבע כי כאשר נאשם במשפט פלילי חפץ בצו למניעת פרסום או שידור, רשאי הוא לנקוט הליך אזרחי על מנת לבקש סעד זה גם ללא הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה.³⁶

2. עמדת השופט סולברג

השופט נעם סולברג אמנם הצטרף לנימוקיו של הנשיא גרוניס במישור הדיוני ולתוצאה שאלה הגיע, אך סבר שראוי להדגיש לגוף העניין כי לדידו "לא פג טעמה של עבירת הסוב-

אפשרית אחרת. במצב דברים זה, פרסומן הוודאי של הקלטות באמצעי התקשורת ייאלץ את בית-המשפט להיחשף לאותן קלטות, ויכפה עליו, הר כגיגית, להתוודע לתוכן, ובכך תיפגע קשות זכותו של אולמרט לקיומו של הליך הוגן".

ראו עניין קופר בעליון, לעיל ה"ש 2, פס' 17 (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

שם, שם.

Peacock v. London Weekend Television, (1985) 150 J.P. 71 CA; Connolly v. Dale, [1996] QB 120, [1996] 1 All ER 224; Coe v. Central Television Plc, [1994] E.M.L.R. 433.

יודיצה גם בעידן הנוכחי של הקידמה הטכנולוגית וזרימת המידע כמעט עד בלי די. על ה'כמעט' יש לשמור, כשם שאת חופש הביטוי יש להבטיח".³⁷
 השופט סולברג הוסיף וציין כי "מדובר בדיני נפשות", ולכן משפטו הפלילי של כל נאשם, דוגמת קופר, צריך להתקיים בתוככי בית המשפט.³⁸

"ככר העיר אינה זירה נאותה להכרעת דין. האיזון בין חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת לבין טוהר ההליך השיפוטי הוא עדין, אך זהו כורח המציאות והדין. סדר הדין הפלילי נועד להבטיח משפט הוגן, וחופש הביטוי לא יכול לשמש צידוק למניעתו".

לפיכך קבע השופט סולברג, בדעת יחיד, כי האשמה בדיעבד בגין סוב יודיצה במקום מניעה מראש יכולה, במצבים מסוימים, לחתור תחת עשיית משפט צדק בעניין פלילי תלוי ועומד, שכן המציאות המתחדשת מחייבת "עיון, עדכון והתאמה". באשר לזכות העמידה קבע השופט סולברג, תוך ביסוס עמדתו על הדין הזר, כי גם לאדם פרטי נתונה הזכות לעתור לסעד מניעתי, וזאת שלא כעמדתו כאמור של הנשיא גרוניס.³⁹

3. עמדת השופטת חיות

השופטת אסתר חיות, אשר הצטרפה בהסכמה לפסק דינו של הנשיא גרוניס, הדגישה את החשיבות הטמונה בזכות החוקתית לחופש הביטוי וניתחה את השאלות העומדות על הפרק מפרספקטיבה של נוסחאות איזון חוקתיות:⁴⁰

"על כל פנים, אף אם נניח כי לבקשת נאשם ניתן – תוך היסמכות על ס' 71 לחוק בתי המשפט – לאסור בצו מניעה פרסום לשם מניעת השפעה על הליך פלילי התלוי ועומד, אין זה ברור כלל שישודות עבירת הסוביודיצה הם המבחן המשפטי הקונקלוסיבי לעניין זה. מניעת פרסום פוגעת בזכות החוקתית לחופש הביטוי שהיא נשמת אפו של כל משטר דמוקרטי. לכן עליה לעמוד במבחנים החוקתיים שנקבעו להגבלת חופש הביטוי ועיקרם – קיומה של ודאות קרובה לפגיעה ממשית באינטרס מוגן".

37 ראו עניין קופר בעליון, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לחוות דעתו של השופט סולברג.

38 שם, שם.

39 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט סולברג.

40 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

השופטת חיות קבעה כי בחינת פרסומו של ביטוי על פי המבחנים החוקתיים הנוגעים לפגיעה בחופש הביטוי אינה מובילה בהכרח למסקנה הזוהה לבחינתו על פי יסודותיה של עברת הסוב יודיזה. לגישתה, יש להבחין בין יסודות עברת הסוב יודיזה כשלעצמם לבין מבחן "הוודאות הקרובה" לפגיעה ממשית באינטרס מוגן שהתקיימותו נדרשת כדי להורות על מניעה מוקדמת של ביטוי.⁴¹

"במקרה דנן קבע בית המשפט המחוזי כי קיימת אפשרות קרובה לודאי לכך ששידור התוכנית ישפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו... ואולם, בית המשפט המחוזי לא בחן את מידת השפעה הצפויה כתוצאה משידור התוכנית, ונראה כי סבר שלצורך קיום יסודותיה של העבירה הפלילית די בכך שיהא בפרסום כדי להשפיע על מהלך ההליך הפלילי או תוצאותיו... על מנת שבית המשפט ישתכנע שהפרסום הנוסף יגרום בהסתברות קרובה לודאי פגיעה ממשית בהליך הפלילי, היה על המשיב להראות כי גם בהינתן מה שכבר פורסם עד אותה עת יש לתוכנית עדיין – בהסתברות קרובה לודאי – פוטנציאל להשפיע השפעה משמעותית על ההליך הפלילי ולפגוע פגיעה ממשית בו וכזאת לא עלה בידו להראות.

ה. ביקורת (א) על היחס שבין מהות לפרוצדורה בהליך הפלילי

עם כל הכבוד לפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת קופר ולנימוקים המפורטים בו, איננו רואים כיצד ניתן לטעון להפרה של תקנות סדר הדין האזרחי כאשר ההליך כולו, מבחינה דיונית, התנהל בבית המשפט המחוזי בהסכמת הצדדים. ההסכמה בבית המשפט המחוזי הייתה כי יישמע ההליך העיקרי ויינתן פסק דין לגופו של עניין. ובכן, האם הופרה בכך ולו אחת מתקנות סדר הדין האזרחי? תמהנו. אדרבה, לפי תקנה 143 לתקנות סדר הדין האזרחי, לבית המשפט מוקנות סמכויות רחבות מאוד באשר לאופן ניהול ההליך, וזאת אף אם נתעלם מהסכמת הצדדים בנסיבות העניין דנן.

לדעתנו, גישה משפטית המקבלת את הערעור מכיוון שמי מבין הצדדים לא הגיש תצהירים היא מוקשית, בלשון המעטה. כאמור, כל הצד הדיוני נוהל בבית המשפט המחוזי בהסכמה מלאה: הוסכם לקיים את הדיון בהליך העיקרי ולא במסגרת בקשה לסעד זמני לפי תקנה 369 לתקנות סדר הדין האזרחי. בדרך זו קיבלו שני הצדדים יתרון דיוני לא מבוטל:

41 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות (ההדגשות שלנו – ד. ס. וד.מ.).

אפשרות לערער בזכות לבית המשפט העליון.⁴² שאם לא כן, בהיעדר הסכמה לדון בהליך העיקרי, הייתה ניתנת החלטת ביניים רגילה בבקשה למתן סעד זמני שהשגה עליה, כידוע, מצריכה הגשת בקשת רשות ערעור על כל המשתמע מכך (שיקולים של סיכויי הערעור ו"מאזן הנוחות"). אשר לעובדות הרלוונטיות (דהיינו תוכן התחקיר שבמחלוקת): בית המשפט המחוזי שמע בהרחבה דברים שאמר בהקשר זה עורך התכנית, והעובדות שביסוד פסק דינו התבססו על הדברים שמסר העורך על התוכן הצפוי לשידור.⁴³ בהקשר זה יצוין כי כלל יסוד הוא כי בהסכמת הצדדים בית המשפט רשאי לקבל ראיות בכל דרך שימצא לנכון. כך, ההלכה הפסוקה מורה כי בית המשפט רשאי לקבל ראיה שנויה במחלוקת מבחינה מדעית (ממצאי בדיקת פוליגרף),⁴⁴ ודברים אלה יפים גם לענייננו מקל וחומר. זאת ועוד, באי כוח המערערים התנגדו להצגת קלטת התכנית שיועדה לשידור לבית המשפט או לצד שכנגד, בהסתמך על הלכת אבנרי,⁴⁵ שם אישר השופט (כתוארו אז) אהרן ברק את פרסום ספרו של אבנרי לאחר שקבע כי צנזורה מוקדמת אינה מתיישבת עם מרכזיותו של חופש הביטוי בשיטת המשפטית הישראלית. ואולם, לדעתנו, הלכת אבנרי אינה רלוונטית כלל לעניין נושא המאמר דנן, שכן הלכה למעשה התייחסה היא אך ורק לעוללת לשון הרע.⁴⁶ לעומת זאת ענייננו עוסק בהשפעה אסורה של פרסומי סוב יודיצה על עדים במשפט פלילי ובהגברת הסיכון להרשעה של חפים מפשע.

בקיצור נמרץ, התחקיר בענייננו של קופר הוא בעיקרו סדרת ראיונות "דרמטית במיוחד" של עדות התביעה המרכזיות ("הנשים בחייו של הנאשם"⁴⁷), תוך מעין דימוי של הליך משפטי. אין מדובר כאן בדיווח על מה שנאמר בחקירת המשטרה וגם לא בריאיון עם עד בודד, שלא כפרסומים קודמים בכלי התקשורת.⁴⁸ להפך – מדמים כך "מעין משפט",

42 ראו עניין קופר במחוזי, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק דינו של השופט גינת.

43 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט גינת.

44 ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988).

45 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989).

46 להרחבה ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור לשון הרע: הדין המצוי והרצוי 226 (2005).

47 ובכלל זאת: ריאיון עם אשתו השנייה של קופר, שניהלה עמו קשר עוד בתקופת נישואיו לאשתו המנוחה הראשונה, ראיונות נוספים עם שלוש נשים אחרות המספרות על חוויות העבר שלהן עם קופר, וכן ריאיון עם "הרופאה המרדימה" שהייתה המאהבת של קופר במהלך נישואיו לאשתו המנוחה האחרונה. "עובדה", תכנית 6 (קשת, 2.1.2014) www.mako.co.il/2.1.2014-1440906254d43410/Article-d37b8e10d745341006.htm.

48 שאליהם הפנה הנשיא גרוניס באמרו כי פרסומים אלה "מקהים" במידה רבה את הפגיעה (הנטענת) בנאשם בשל שידור תכניתם של המערערים, וזאת אף מבלי לצפות בתכנית עצמה. ראו עניין קופר בעליון, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס: "בתוך כך, למשל, שודר בחדשות ערוץ 2 ראיון מפורט עם אחת המרואיינות העיקריות אשר מופיעה

באמצעות סדרת ראיונות עם עדי מפתח מטעם התביעה, אשר כוחו הלכאורי עצום ביחס לפרסומי סוב יודיצה קודמים. לא בכדי קובעת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2005⁴⁹ כי שניים (מחצית) מתוך ארבעת השיקולים שבחינתם מסייעת בידי התובע בבואו להכריע בשאלת ההעמדה לדין פלילי בגין עברת הסוב יודיצה מתייחסים למושא ההשפעה הצפויה – "עדים במשפט"⁵⁰.

מלבד זאת, לגישתנו, ראוי לשקול מה עדיף בענייננו: לסכן את טוהר ההליך הפלילי עד כדי אפשרות שבית המשפט הדין בהליך יחליט בעתיד לבטל את כתב האישום הפלילי (או לחלופין כי בית משפט שלרעור יורה על ביטול הכרעת הדין המרשיעה בתום ההליך הפלילי בערכאה הדיונית), או שמא לדחות את שידור התחקיר בענייניו של הנאשם עד לסיום המשפט או למצער עד תום שמיעת עדי התביעה המרכזיים במשפט.

כך, בפרשת *Sheppard*⁵¹ ביטל בית המשפט העליון של ארצות הברית את הרשעתו של נאשם ברצח אשתו ההרה בעקבות גל נרחב של פרסומים שליליים בערוצי התקשורת עובר להליכי המשפט. נקבע כי "אווירת קרנבל" ליוותה את המשפט ופגעה בזכותו של הנאשם למשפט הוגן, ועל כן הוחלט להורות על קיום משפט חדש.⁵² עם זאת הובהר כי סעד של ביטול המשפט המרשיע ושמיעתו מחדש אינו אלא בגדר "משכך כאבים" זמני, וכי המזור טמון בצעדים המתקנים שימנעו את הדעות הקדומות (פרסומי הסוב יודיצה) בראשיתן, וברגולציה מתאימה שתגן על ההליך השיפוטי מפני השפעות חיצוניות פסולות:⁵³

בתכניתם של המערערים (כך עולה מחומר שהוגש לבית משפט קמא על ידי המערערים, בלא התנגדות של המשיב):

- 49 ראו הנחיות היועץ החדשות, לעיל ה"ש 8.
- 50 יוער כי הנחיות היועץ הישנות, לעיל ה"ש 9, החריגו בעבר מפורשות מקרה של פרסום ריאיון עם עדים האמורים להעיד במשפט. הנחיות היועץ החדשות, לעיל ה"ש 8, מאריגות כיום פרסום הכולל הבעת דעה ברורה על עדויות שנשמעו במשפט ועל מידת מהימנותם של עדים המעידים במשפט.
- 51 *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 S. Ct. 1507, 16 L. Ed. 2d 600 (1966).
- 52 לאחרונה קבע בית המשפט המחוזי במדינת אלבמה בעניין *Lam Luong* כי יש לבטל הרשעתו של נאשם ברצח של ארבעה קטינים בשל גל פרסומים רחב בכלי התקשורת, והורה על שמיעתו מחדש של המשפט בחבל ארץ מרוחק. ראו *Luong v. State* (mobile circuit court, CC-08-840; Court of Criminal Appeals, CR-08-1219); *Luong v. State*, 2013 Ala. Crim. App. 840; *LEXIS 9* (Ala. Crim. App., Feb. 15, 2013). ביום 14.3.2014 נהפך פסק הדין הנ"ל בערכאת הערעור (בית המשפט העליון של מדינת אלבמה) ברוב של חמישה מול שלושה; ראו *Luong v. Rideau v. State of Alabama*, 2014 Ala. LEXIS 39 (Ala. Mar. 14, 2014); ראו גם *Louisiana*, 373 U.S. 723, 726, 83 S. Ct. 1417, 1419, 10 L. Ed. 2d 663 (1963).
- 53 ראו עניין *Sheppard*, לעיל ה"ש 51 (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

"But we must remember that reversals are but palliatives; the cure lies in those remedial measures that will prevent the prejudice at its inception. The courts must take such steps by rule and regulation that will protect their processes from prejudicial outside interferences. Neither prosecutors, counsel for defense, the accused, witnesses, court staff nor enforcement officers coming under the jurisdiction of the court should be permitted to frustrate its function. Collaboration between counsel and the press as to information affecting the fairness of a criminal trial is not only subject to regulation, but is highly censurable and worthy of disciplinary measures".

ובכן, אם הייתה טעות בפרשנות החוק או ביישום הוראות הדין באשר לעובדות המקרה הקונקרטי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מושא הערעור, כי אז ודאי שראוי לבטלו. אך להכריע בעניין שלפנינו מחמת נימוקים פרוצדורליים בשעה שהדיון כולו נוהל כאמור בהסכמה מלאה של שני הצדדים באשר לדרך הדיונית, נראה לנו, בלשון המעטה, מעשה שגוי מעיקרו.

סדר הדין אינו אלא אמצעי להשגת המטרה הנעלה של עשיית משפט צדק, ואין להפוך את האמצעי למטרה בפני עצמה. העיניים צריכות להישאר נשואות תמיד אל המטרה היחידה של כל משפט והיא עשיית משפט צדק בין הצדדים המתדיינים. יפים לענייננו – אחד לאחד – דבריו של שופט בית המשפט העליון מ' עציוני בפרשת ששון:⁵⁴

"בכל אופן אם ישנה התנגשות בין השאיפה ליעילות לבין השאיפה לעשיית הצדק במלוא מובן המלה – וכאמור, אין אני רואה כל סתירה ביניהם – עשיית הצדק עדיפה מכל הבחינות, כי אין, כדברי חברי הנכבד השופט ברנזון, מתקנים עוול בעוול".

כזכור, לפנינו הליך פלילי שעיקרו באישום חמור בעברת רצה (כפול) שביצע לכאורה הנאשם קופר. מעיקר הדברים – ההצדקה לקבלת הכרעה בשאלה העומדת על הפרק (השפעה אסורה על מהלך המשפט הפלילי של קופר או על תוצאותיו), על יסוד נימוקים פרוצדורליים, אינה משכנעת:

54 ע"א 189/66 ששון נ' "קדמה" בע"מ, בית חרושת למכונות וציוד, פ"ד כ(3) 477 (1966) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

"הפרוצדורה הפלילית על דיניה מכילה לטובת הנאשם תריס בפני עיוות דין. רוצים לתת לנאשם את מלוא ההגנה ההוגנת. אבל אסור לסלף את הרעיון הבריא הזה על-ידי הפרזה בפורמליות. פרוצדורה פלילית טובה צריכה בוודאי לתת לנאשם את מלוא ההגנה, כדי למנוע עיוות-דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק. תפקיד הדיון הפלילי – להוציא כאור משפט".⁵⁵

יפים לענייננו דבריה של שופטת בית המשפט העליון (בדימוס) דליה דורנר (כיום נשיאת מועצת העיתונות הישראלית), כפי שהובאו בעניין נוריאל:⁵⁶

"בנסיבות שבהן עמידה על סדרי-הדין הרגילים עלולה לפגוע באופן מהותי בהגנתו של הנאשם, על בית-המשפט לעשות שימוש בשיקול-דעתו ולאפשר לנאשם להתגונן, אף אם הדבר דורש סטייה מדקדוקי הפרוצדורה הרגילה".

וראו גם:

"תקינות ההליך הפלילי: מטרת ההליך הפלילי היא לברר את חפותו או את אשמתו של הנאשם. הכללים הטכניים, ובהם בדיקת מהימנות העדויות בדרך חקירה נגדית, משקפים את הדרך היעילה ביותר לחשיפת האמת. עם זאת, על-פי אותם כללים ניתן שיקול-דעת לבית המשפט לסטות מהם כדי לעשות צדק".⁵⁷

זאת ועוד, המקרה הקונקרטי מספק הזדמנות שאולי לא תחזור על עצמה: להעמיד את ההלכה בנושא עברת הסוב יודיצה על מכונה ולעשות צעד נכון בכיוון של שמירה על העיקרון הבסיסי שלפיו משפטו של נאשם בפלילים מתנהל בבית המשפט ושם בלבד. ואולם, עקרונות לחוד ומציאות לחוד. פסיקת בית המשפט העליון בעניין קופר מאותתת לעיתונות הכתובה והמשודרת על הסרת המחסום המשפטי הנוגע לפרסומי סוב יודיצה שמטרתם להשפיע על הליך פלילי תלוי ועומד או על תוצאותיו, למרות התופעה הלא רצויה

55 ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועמ"ש, פ"ד א(1) 5 (1949) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

56 ע"פ 4006/93 נוריאל נ' מדינת ישראל, פס"כ 3 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר (פורסם בנבו, 3.3.1994) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

57 ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 700, 690 (1993) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

של שפיטה (ולצ'ים שבינינו יאמרו "שחיטה") בכלי התקשורת עוד בטרם אמר בית המשפט את דברו.⁵⁸

ניתן למנות פרשות נוספות שזכו בשנים האחרונות לסיקור תקשורתי נרחב וסנסציוני ("ליניץ' ציבורי") שיצר את הרושם כי המשפט הפלילי מתנהל בתקשורת ולא בבית המשפט: וידוא ההריגה (לכאורה) שביצע סרן ר' בנערה אימאן אל-האמס ז"ל;⁵⁹ פרשת הנשיקה הכפויה של שר המשפטים לשעבר חיים רמון, אשר ניתנה לחיילת ה';⁶⁰ תאונת הדרכים הקטלנית שבה היה מעורב עו"ד ד"ר אביגדור (דורי) קלגסבלד;⁶¹ פרשת השחקן חנן גולדבלט וקרבוניו;⁶² המתלוננות נגד נשיא המדינה לשעבר משה קצב והרשעתו באונס;⁶³ הרצח של הנערה תאיר ראדה ז"ל והרשעתו של מר רומן זדורוב;⁶⁴ פרשת דניאל מעוז

- 58 ראו עניין נאצר, לעיל ה"ש 6, שם.
- 59 "הרגנו אותה. אני גם וידאתי את ההריגה" חדשות נענע <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=159463>; חנן גרינברג "המפקד יודא הריגה וירה בילדה מטווח אפס" Ynet (8.10.2004) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2987078,00.html; איתן רבין "החייל העיד: 'סרן ר' ריסס את הילדה מטווח אפס'" nrg www.nrg.co.il/online/1/ART1/875/125.html (24.2.2005).
- 60 טלי צין ומירי חסון "ביחסי מרות – הבעיה גדולה" Ynet (25.7.2006) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3281164,00.html; גיל סלומון "ה' מעידה: כך הוטרדתי ע"י רמון" nrg www.nrg.co.il/online/1/ART1/492/575.html (17.10.2006).
- 61 "עו"ד קלגסבלד שתה יין לפני התאונה" חדשות וואלה! NEWS (17.4.2006) <http://news.walla.co.il/item/892275>; ורד לוביץ' "קלגסבלד מואשם בגרימת מוות ברשלנות; המשפחה: הוא היה שתוי" Ynet (6.7.2006) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3271899,00.html; הדס שפר "אולי קלגסבלד בדיוק ניסה להחליף שיר ברדיו" nrg www.nrg.co.il/online/1/ART1/445/798.html (7.7.2006).
- 62 נעמה לנסקי "חנן גולדבלט הטריד אותנו" Ynet (26.7.2005) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3118133,00.html; אבי כהן "השחקן חנן גולדבלט נעצר בחשד לאונס קטינות" Ynet (8.8.2005) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3124436,00.html.
- 63 אפרת וייס "המשטרה ממליצה להעמיד לדין את הנשיא על אונס" Ynet (15.10.2006) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3315180,00.html; אבירם זינו "חשין: התקשורת כבר הרשיעה את הנשיא" Ynet (17.10.2006) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3315665,00.html; אבירם זינו "נשיא המדינה משה קצב יואשם באונס" Ynet (23.1.2007) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3355424,00.html; "מומחית לשפת גוף: ניכר שהנשיא איבד שליטה" Ynet (25.1.2007) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3356620,00.html.
- 64 יובל לידור "החשוד ברצח תאיר הודה: תקפתי כבר בעבר" nrg (20.12.2006) www.nrg.co.il/online/1/ART1/520/397.html; אחיה ראב"ד "פורסמו הראיות נגד זדורוב: 'סיכוי סביר שירושע'" Ynet (15.1.2007) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3352495,00.html; אללי "זדורוב שטף את הדם מהסכין, וחזר לעבודתו" nrg (17.1.2007) www.nrg.co.il/online/1/ART1/532/164.html; יובל לידור ואושרת נגר "זדורוב הודה ברצח תאיר בפעם השנייה" nrg (26.2.2007) www.nrg.co.il/online/1/ART1/548/909.html.

והרשעתו ברצח הוריו;⁶⁵ פרשת "הולילנד" בעניין תחקיר כלבוטק על עד המדינה שמואל דכנר (ש"ד) ז"ל,⁶⁶ תחקיר שהיה עלול לפגום במישרין בשאלת מהימנותו של העד; לאחרונה – חשיפת חומרים מתוך קלטות "שולה" (זקן) עובר למתן פסק הדין המשלים של בית המשפט המחוזי בירושלים בפרשת "טלנסקי" וטרם פרסום הכרעתו של בית המשפט העליון בערעור שהוגש בפרשת "הולילנד".⁶⁷ כאן המקום לציין כי פרשת "משחקי חברה" בעניינו של הזמר אייל גולן⁶⁸ ופרשת עברות המין בעניינו של העיתונאי עמנואל רוזן,⁶⁹ אשר זכו לתהודה ציבורית נרחבת ולפרסומים "מרשיעים" בכלי התקשורת, הסתיימו בקול ענות חלושה: סגירת התיק הפלילי בעילה של חוסר ראיות.

- למד באינטרנט איך לשסף גרון" **Ynet** (17.6.2007) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3413974,00.html
- 65 גלעד גרוסמן "חשד: הסתבך בהימורים ורצח את הוריו בשביל הירושה" **חדשות וואלה!** NEWS (21.9.2011) <http://news.walla.co.il/item/1862400>; יאיר אלטמן "רצח הוריו: הפסיד את כל כספי החתונה על פוקר" **Ynet** (21.9.2011) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4124866,00.html; גלעד גרוסמן "אחותו של דניאל מעוז העידה נגדו: 'מיד חשבתי שהוא קשור לרצח' חדשות וואלה!" NEWS (7.3.2012) <http://news.walla.co.il/item/2514653>
- 66 ראו "פרצופו של עד המדינה" "כלבוטק" "רשת" <http://reshet.tv/Shows/Kolbotek/> videomarklist,209703
- 67 רותם שטרקמן ושרון שפורר "'הקלטות שולה' חושפות את מפת הקשרים, הכוח והכסף בישראל" **TheMarker** (7.11.2014) www.themarker.com/markerweek/1.2479100; אביעד גליקמן וברוך קרא "אולמרט לזקן: 'סידרתי לך שכל חודש תקבלי 10,000 דולר'" **חדשות נענע** (18.12.2014) <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1094741>; ברוך קרא "פרשנות: בניגוד להולילנד, הפעם אין סיכוי שהחלטה תתהפך" **חדשות נענע** (25.5.2015) <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1128198>
- 68 אלי סניור וגלעד מורג "החשד נגד אייל גולן: מין עם קטינות במסיבה" **Ynet** (20.11.2013) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4455922,00.html; מתן חצרוני ועזרי עמרם "גולן: 'שכבתי עם הרבה נשים, לא ידעתי מי מהן קטינה'" **חדשות 2** (20.11.2013) www.mako.co.il/news-law/crime/Article-f75c0a6f9f57241004.htm; גיא פלג "עדויות אייל גולן במשטרה נחשפות" **חדשות 2** (23.1.2014) www.mako.co.il/news-law/crime/Article-9e0046b4f00c341004.htm; "תמלולי חקירת גולן נחשפים: 'אולי נגעתי לה בחזה'" **חדשות וואלה!** NEWS (24.1.2014) <http://news.walla.co.il/item/2714845>
- 69 שרון שפורר וגילי איזיקוביץ "עיתונאיות מעידות: עמנואל רוזן הטרד אותנו" **הארץ** (26.4.2013) www.haaretz.co.il/news/premium-1.2004732; אלי סניור "פרסום ראשון: גדי סוקניק העיד נגד עמנואל רוזן" **Ynet** (1.5.2013) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4374772,00.html; רועי גולדנברג "הדס שטייף חושפת את העדות המרכזית נגד רוזן: 'מפיקה ברדיו 102 התחננה שלא יפרסם כתבה על אביה – והוא הסכים בתנאי שתשכב איתו מתי שירצה'" **גלובס** (6.5.2013) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000841677

במאמר מוסגר נעיר כי עשויה להתעורר טענה הפוכה שלפיה למעורבות התקשורתית ולפרסומים הרבים בפרשת רצח הנערה תאיר ראדה ז"ל הייתה דווקא השפעה חיובית לכיוון קיומו של הליך המשפט החוזר והעיון מחדש בהרשעה הפלילית של הנאשם רומן זדורוב.⁷⁰ עם כל הכבוד לטענה השובת לב, אין בידינו להסכים לה בנסיבות פרשת זדורוב. ראשית, במבחן התוצאה, הגם שבית המשפט העליון מצא לנכון להורות לערכאה הדיונית לעיין בראיות החדשות ולשקול מחדש את משמעותן, ביום 24.2.2014 דחה בית המשפט המחוזי את טענות ההגנה, ובכך הרשיע בשנית את זדורוב ברצח. שנית, וזה החשוב לענייננו, מוקשה בעינינו לומר כי מה שהוביל מבחינה אובייקטיבית להחלטת ערכאת הערעור (בית המשפט העליון) להורות על קיומו של משפט חוזר בענייניו של זדורוב היה דווקא הסיקור התקשורתי הנרחב ולא הראיות החדשות שהציגה ההגנה. מכל מקום, היות שרשימתנו מתמקדת בחשש מפני השפעה אסורה על עדים במשפט (ולא בהשפעה פוטנציאלית על שופטים מקצועיים), איננו רואים צורך להרחיב על כך במסגרת המאמר דנן.⁷¹ תמהנו אם עקרונות אלה (טוהר ההליך השיפוטי הפלילי ועקרון היסוד בדבר מניעת ההרשעה של חפים מפשע) אינם עדיפים, בנסיבות שתוארו, על פני הקפדה על הוראות תקנות סדר הדין האזרחי, ובייחוד תקנה 241, המורה כי לבקשה בכתב יצורף תצהיר לשם

70 החריג לכך הוא פרשת ברנס (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2002)) בישראל, שלתקשורת בענייניו היה תפקיד מכריע בהחלטה לערוך לו משפט חוזר, ופרשת שטראוס-קאהן בארצות הברית (The People of the State of New York against Dominique Strauss-Kahn (Indictment No. 02526/2011)), שבה התקשורת סייעה בחשיפת האמת. הפרסומים שהעלו ספקות באשר למהימנותה של המתלוננת הם שהובילו להחלטת התביעה לחזור בה מכתב האישום בענייניו. להרחבה ראו Karniel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 85, 90.

71 חשוב בהקשר זה לציין כי ד"ר קרניאל, שם, סבור כי מעורבות תקשורתית כשלעצמה, אף שתאורטית היא עלולה להפר את איסור הסוב יודיצה דווקא מובילה לחקירה ראויה וכופה על מערכת השיפוט להיצמד להוראות החוק ולפעול על פיהן. לגישתו, התקשורת היא שהייתה אחראית להובלה לחשיפת האמת (ולהרשעה בפלילים) בפרשת קצב. נשיא המדינה לשעבר מר משה קצב סבר זיכוי בבית המשפט ישנה את דעת הקהל בענייניו "שהרשיע" אותו כבר ולמעשה ראה בו עבריין מין סדרתי, ולכן לפי ד"ר קרניאל חזר בו קצב מהסדר הטיעון בענייניו. התקשורת לא השלימה עם הסדר הטיעון כסיום ראוי לפרשת עברות המין שיוחסו לקצב. הטעות העיקרית של קצב הייתה הופעתו הטלוויזיונית האלימה שחשפה את האמת (על אופיו) במערומיה. במקום להשכיח את הסערה התקשורתית סביבו, קצב דווקא ליבה אותה. מתלוננות נוספות גמלו בלבן לחשוף את האמת על מעשיו (בתקופת כהונתו כשר התיירות). ד"ר קרניאל סבור כי הכיסוי התקשורתי הנרחב הוא שהוביל לסירובו של קצב להסכים להסדר הטיעון שהוצע לו. קצב סבר שהלינין' התקשורת שניעשה בענייניו יותיר לגביו לעולם תדמית של עבריין מין סדרתי בעיני הציבור. האפשרות היחידה שעמדה אפוא על הפרק כדי לשקם את התדמית שנוצרה לו הייתה להמר על זיכוי בחלופה של ניהול הליך משפטי מלא, הימור שהתברר כבעל השלכות עצומות על חירותו.

אימות העובדות הכלולות בה. שאלה נוספת שראוי לשאול היא אם היה מוטב לתת צו מניעה זמני שיעמוד בתוקפו למשך ימים ספורים כדי לאפשר לצדדים להגיש תצהירים, ורק אז לקיים את הדיון בבקשתו של קופר. ממילא במהלך הדיון שהתקיים לפני בית המשפט המחוזי הוצע לנציגי תכנית "עובדה" להסכים לדחיית שידור התכנית מרצונם החופשי בימים ספורים כדי לאפשר לבית המשפט המחוזי פרק זמן ארוך יותר לכתבת פסק הדין, אך אלה סירבו בתוקף.

ניצנים לתפיסה זו המבכרת את האינטרס שבשמירה על טוהר ההליך השיפוטי מצאנו כזכור בגישתו של השופט נעם סולברג שקבע בפרשת קופר כי "משפטו הפלילי של נאשם דוגמת המשיב צריך להתקיים בתוככי בית המשפט".⁷² בעניין קצב התייחס השופט סלים ג'ובראן לסוגיה זו אגב הדיון בטענת סנגוריו של קצב בדבר שפיטתו המוקדמת בתקשורת:⁷³

"אכן, העברת ההליך המשפטי אל המגרש התקשורתי אינה ראויה כלל ועיקר. הדבר עלול לגלוש לכדי פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ובדימויו... בפרשה זו חצה העיסוק התקשורתי כל גבול ובהחלט יש להצר על כך. כולנו תקווה, כי עוול תקשורתי קשה כזה... יחלוף מן העולם ולא ישוב עוד. היקף הפרסומים, תכיפותם ועוצמתם עלולים להיתפס כהעברת הדיון המשפטי לזירה התקשורתית.

...

נראה, כי עקרון הסוביודיצה, שלפיו לא יפורסם דבר על עניין פלילי התלוי ועומד בבית משפט על מנת להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו, הופר במקרה של המערער. גם לאורך ניהול המשפט כולו פורסמו בתקשורת פרסומים רבים מדי יום ביומו. בהקשר זה יש להביא את דבריו של השופט א' א' לוי בפרשת פלונית (פסקה 65): 'בבוקרו של יום עשוי אדם לגלות כי הוא אשם ולעת ערב כי זכאי הוא – הכל תלוי בפרשן, בכתב ובעורך היומיומיו'."

סיכומו של פרק זה: יש קושי בתחקירי העיתונות. העיתונאי משמש גם חוקר, גם שופט וגם תליין, בעיקר כאשר חשיפת הפושע, שמו ופניו נעשית בגלוי. האם תפקוד זה של התקשורת

72 ראו עניין קופר בעליון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

73 ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 392, 394 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 10.11.2011) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

אכן נעשה בהגינות? האם הרצון לרייטינג אינו מוביל לעריכת "משפט שדה" של הציבור ומכאן אפוא להטיית דעת הקהל ול"הרשעה" בזירה התקשורתית של מי שעניינו תלוי ועומד בבית המשפט? האם אין זה מכבודו של כל אדם באשר הוא, גם חשוד בפלילים, לשטוח את טענותיו בפני בית המשפט, ושם בלבד? הדברים אמורים במיוחד בנושא המאמר דנן בשל עמדתם המשותפת של המאשימה (מדינת ישראל) והנאשם קופר, כי שידור סדרת ראיונות עם עדות התביעה המרכזיות במשפטו הפלילי של קופר קודם לתחילת המשפט ובמסגרת תכנית תחקירים טלוויזיונית יפגע בניהולו. הפלא ופלא, ד"ר אילנה דיין-אורבך, מגישת תוכנית "עובדה", ציינה בפתח התחקיר ששודר לימים בעניינו של קופר כי "את ההחלטה אם קופר אשם או זכאי רק בית המשפט ייתן אבל יש בסיפור הזה שאלות שאין חוק ואין שופט שמתיימר לענות עליהן", ואם אלה דבריה של גברת דיין עצמה, היא הנותנת.

ו. ביקורת (ב) – אסטרטגיית ההכרעה במשפט הפלילי

1. כללי

מלבד הסתייגותנו מהנימוקים הפורמליים שבפסק דינו של בית המשפט העליון ומייחודיותו של הפרסום בענייננו, אנו מבססים את עיקר הביקורת בשימתנו זו על "אסטרטגיית ההכרעה הפלילית"⁷⁴ משמעותה של השקפה זו היא כי בכל צומת הכרעה של המשפט הפלילי, ואף מחוצה לו, הן המחוקק הן בתי המשפט חייבים להביא בחשבון את האפשרות שהחלטתם עלולה להגביר את הסיכון לתוצאה של הרשעת חפים מפשע. עניין זה ניתן להבנה כשיקולים של הדין הרצוי, קרי שיקולים מוסריים בדבר התוכן הרצוי של המשפט הפלילי. ההבדלים בין שיקולי בית המשפט לשיקולי המחוקק הם באופן כללי בהיותם של בתי המשפט כפופים לשיקולים ולאילווצים מסוימים שהמחוקק אינו כפוף להם. המחוקק אמנם כפוף לנורמות חוקתיות על-חוקיות, אך הוא מוסמך לשנות חקיקה ראשית שאינה עולה בקנה אחד עם המהלך החקיקתי, ואילו בתי המשפט כפופים גם לחקיקה ראשית.

⁷⁴ דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה, ותזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1996); דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" קרית המשפט א 307 (2001); דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות פרק ג (2009); (2005) ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW. לדעה אחרת ראו LARRY LAUDAN, TRUTH, ERROR, AND CRIMINAL LAW (2006). לניתוח הברדלי הגישות בין המלומד שטיין לבין המלומד לארי לאודן ראו Ronald J. Allen, *Laudan, Stein, and the Limits of Theorizing About Juridical Proof*, 29 L. & PHIL. 195 (2010).

ואולם מלבד זאת, גם במישור הדין המצוי על בתי המשפט להתחשב מבחינה משפטית בסיכון הרשעת השווא כחלק מעיקרון כללי של הגנה על חפים מפשע. עיקרון זה נגזר מחזקת החפות האוניברסלית, המכירה בחולשה האנושית לשפיטה מוקדמת והמחייבת לשיטתנו הנחה אקטיבית של בתי המשפט כי כל נאשם העומד לדין פלילי, בהתחשב בכך ששאלת בירור אשמתו או חפותו מחייבת הפעלת שיקול דעת שיפוטי מובהק (המתעלם מסיקור תקשורתי נרחב ודעתני שכמוהו כחריצת דין מוקדמת), הוא חף מפשע. לפיכך יש להפעיל את שיקול הדעת באופן שימזער את סיכוני המשגה להרשעתו (מבלי שהפירושו יחסל את אפשרות ההרשעה לחלוטין, שהרי כזכור, לנאשם מוקנית חזקת חפות בלבד ולא חסינות גורפת מפני הרשעה בפלילים).

כמו כן ניתן לקבוע עיקרון כללי זה של הגנה על חפים מפשע על בסיס הרחבה הגיונית של סטנדרט ההוכחה במשפט הפלילי באופן שיוחל כעיקרון כללי של יצירת שולי הגנה רחבים מפני הרשעה שגויה. לפי גישה זו, בידודו של הסטנדרט ככלל מצומצם החל רק בשלב הכרעת הדין בשאלת האשמה או החפות של הנאשם עלול להוביל לאי-הגשמתם של הערכים שבסיסו של הסטנדרט, שכן מובן שכלל מצומצם עלול להתגלות בבחינת "מעט מדי" ו"מאוחר מדי" במונחים של הגנה על חפים מפשע מפני סיכוני הרשעה שההליך הפלילי והכללים הדיוניים הראייתיים השונים עשויים ליצור.

לכן, לדעתנו, בתי המשפט חייבים בפסיקתם להתחשב בראש ובראשונה בסיכון של הרשעת חפים מפשע מכוחה של הנורמה הפלילית הקבועה בסעיף 71 לחוק בתי המשפט. מלשוננו של סעיף 71 ניתן ללמוד כי תכליתה של ההוראה החקיקתית היא להגן על עצמאותה, על אי-תלותה ועל חופשיותה של הרשות השופטת מכל השפעה חיצונית או דעה קדומה. ההגנה שנורמה פלילית זו נותנת להליך השיפוטי מפני השפעה עליו מגנה גם מפני השפעה פסולה או הטיה שלילית הגורמת לבית משפט להרשיע נאשמים במשפטים פליליים, שאלמלא אותה השפעה היה מוזכה אותם. מניעת הרשעת שווא היא אפוא המטרה המרכזית של כלל הסוב יודיצה שבית המשפט ודאי צריך לשימה נר לרגליו.

2. תזת מקצוענות השפיטה ותאוריית ההגנה מן הצדק

כאשר מדובר בטענה על השפעה צפויה של פרסומי סוב יודיצה על שופטים מקצועיים, טיעון הנגד מתבסס על "תזת מקצוענות השפיטה"⁷⁵ כלומר, די בעובדה כי בשיטת המשפט הישראלית עסקינן בשופט מקצועי הקובע את העובדות (להבדיל ממוסד המושבעים הנוהג בשיטה האנגלו-אמריקאית) כדי למרק (לכאורה) את החשש שלמענו נוצרה עברת הסוב

⁷⁵ לפירוט באשר למגבלותיו של טיעון זה ראו מנשה הלוגיקה של קבילות הראיות, לעיל ה"ש 74, בעמ' 262–266.

יודיציה. דעה זו מושתתת ביסודה על החזקה שגם כאשר קיימת אפשרות להשפעה פסולה מפרסומים חיצוניים, ידע השופט המקצועי להשתחרר ממנה. כבר בשנות החמישים המוקדמות קבע נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט שמעון אגרנט, כי יש ביכולתם של שופטים (מקצועיים) להתעלם מפרסומים חיצוניים למשפט:⁷⁶

"חייבים אנו להניח כי השופט יידע להתרומם למילוי תפקידו, להתנער מן ההשפעה החיצונית ולפסוק אך ורק על פי החומר המשפטי שמצוי לפניו, שאם לא תאמר כן, אותו שופט שלא יבין לנהוג כך לאו שמיה שופט".

נשיאת בית המשפט העליון לשעבר השופטת דורית ביניש הביעה עמדה דומה בעניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לאחר שדחתה את העתירה להפסקת הליך מינויו של רמטכ"ל חדש טרם פרסום מסקנותיה של ועדת וינוגרד:⁷⁷

"לסיום יצוין כי העותרים טענו בפנינו כי מינוי רמטכ"ל קבוע עלול להשפיע על שיקול-דעתה של ועדת וינוגרד, שתימנע מהסקת מסקנות אישיות כנגד מי שייבחר לתפקיד הרמטכ"ל כדי לא לטלטל את הצבא פעם נוספת. טענה זו מוטב היה לה שלא היתה מועלית כלל. חזקה על הוועדה שתעשה עבודתה ללא הטיות ובאופן מקצועי".

על הלכה זו חזר השופט סלים ג'ובראן בפרשת קצב:⁷⁸

"חזקה על בית המשפט, נוכח ניסיונו הרב בשפיטה ומקצועיותו, כי יהא בידו לשקול אך את הראיות העומדות בפניו והעדים הנשמעים בפניו ולא ישית ליבו לפרסומים שהובאו במסגרת פרשה זו, הגם שמדובר בהיקף נרחב של פרסומים נוכח העניין הציבורי הרב בפרשה. חזקה על השופטים כי מוכשרים הם דיים על-מנת לשקול את שבא בפניהם בראיות קבילות ולהתעלם מהשפעות חיצוניות שיכולות וינשבו בדעת הקהל, כשהמשפט מעורר עניין ציבורי רב (ראו בעניין זה בג"ץ 14/51 היועץ המשפטי

76 בג"ץ 14/51 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' רותם, העורך של העיתון היומי "דבר" תל אביב, פ"ד ה' 1017, 1053 (1951). ראו גם פסק דינו של השופט א' ויתקון בע"פ 325/76 סיבוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 829, 828 (1977) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

77 בג"ץ 659/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון, סיפה לפס' 3 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 29.1.2007) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

78 ראו עניין קצב, לעיל ה"ש 73, סיפה לפס' 395 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

לממשלה נ' עורך 'דבר', פ"ד ה' 1017, 1029 (1951)). נכונים הדברים שבעתיים שעה שפרסומים אלה מתייחסים בעיקרם לתקופה שקדמה למשפט ואין בהם כדי להביע עמדה או דעה כלשהי על שהתרחש בבית המשפט".

והנה – לאחרונה – גם בפרשת טלנסקי קבע הנשיא ד"ר אשר דן גרוניס, שכתב את דעת הרוב, כי ערכאת הערעור רשאית לעיין בראיות שהוספתן נתבקשה לצורך עצם ההכרעה בבקשה לגבייתן, וכי אין חשש שהעיון בראיות עלול "לזהם" את ההליך השיפוטי:⁷⁹

"עיון זה בראיות נעשה על בסיס ההנחה, כי השופטים היושבים בדין הם שופטים מקצועיים, ואם נחשפו לראייה לצורך ההכרעה בשאלה כלום יש להורות על גבייתה, הם יידעו להתעלם ממנה אם הבקשה לגביית הראייה תידחה".

ואף זאת: ממילא קשה לקבוע ולאמוד את היקפו המדויק של החשש התאורטי מפני השפעה פסולה על השופט היושב בדין. ההשפעה אפשרית לכאורה גם לפני תחילת החקירה, וזאת בעקבות קריאה בספר או בעיתון או בעקבות האזנה לשיחה אגב בילוי חברתי, וודאי שלא ייתכן כל פיקוח בקשר להשפעה אפשרית כזאת על השופט הדין בהליך.

אולם לדעתנו במקום שקיים בו חשש מפני השפעה פוטנציאלית על עדים במשפט, דוגמת פרשת קופר, שבה תחקיר "עובדה" כלל סדרת ראיונות עם עדות התביעה המרכזיות במשפט, טרם ההרשעה בפלילים, אין כל טיעון נגד המתקבל על הדעת. גם אם לכאורה ניתן לטעון כי ככלל המומחיות השיפוטית מספקת במובן זה שניתן להתגבר על "רעשי רקע" ואף להתנקות מהם בלא שההליך השיפוטי "יזוהם", הרי שבהתייחס ל"עדים במשפט" – המספקים אינפורמציה תלויה נסיבות – מצב הדברים שונה לחלוטין.

השפעה על עדים במשפט אינה ניתנת לתיקון בשום תזה מוצעת בדבר "מקצוענות השפיטה". לשון אחר, גם אם נאמר כי טעם ההגנה על השופט המקצועי משמש צידוק לאי-מניעת פרסומי סוב יודיצה, אין בכך כדי למרק את החשש מפני השפעה אסורה על עדים במשפט שניתן להגדירם "החוליה החלשה" בשרשרת קביעת העובדות בהליך השיפוטי. מחד גיסא פרסום פרטים מהותיים בשלב מוקדם על ההליך הפלילי (שטרם נפתח) עלול להניא עדים מלהעיד במשפט, ומאידך גיסא פרסום שכזה עלול "לרענן" את זיכרונם של העדים, שעדותם כבר לא תהיה מבוססת על מה שהם עצמם ראו או שמעו בחושיהם, כי אם על מה ש"נשתל" בראשם. כך עלולה להיפגע אמתות ההכרעה העובדתית במשפט, וההליך

⁷⁹ ראו ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (פורסם בנבו, 6.7.2014) (להלן: עניין טלנסקי) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

השיפוטי ימצא נפגם. יפים לענייננו בהקשר זה דבריו של השופט (כתוארו אז) אהרן ברק בעניין אזולאי:⁸⁰

"עד כה עמדתי על השפעה אפשרית על השופט המקצועי. מיותר לציין, כי סעיף 41 לחוק אינו עוסק בשופט בלבד. עניינו בפרסום, שיש בו כדי להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו. השפעה זו יכול שתהא על בעלי הדין ויכול שתהא על העדים. דומה, שדווקא השופט הוא החוליה החזקה ביותר בשרשרת זו, ואילו העדים הם החוליה החלשה שבה. לא פעם קיימת אפשרות סבירה להשפעה על העדים, אם בדרך של הנאת עד מלהעיד ואם בדרך של השפעה – מודעת או לא מודעת – על תוכן עדותו. אפשרות סבירה זו בא סעיף 41 לחוק למנוע" (שם, בעמ' 577; השוו גם לדברי השופט ברנזון בעניין דיסנצ'יק, בעמ' 185).

נכון, אין אנו חיים בעולם אוטופי ואידאלי. למרות חריש עמוק של המחוקק ושל בתי המשפט בעניינים אלה לא תמיד כך הוא הדבר. ראשית, חקירות משטרה רבות הן תולדה של תחקירים עיתונאיים, והעדים האמורים להעיד במשפט ממילא נחשפים לסכנה של "זיהום" עדותם בשל הפרסום המוקדם בתקשורת עוד בטרם נפתח ההליך הפלילי. שנית, דווקא בחקירות פליליות בעניינים "מתקשרים" קיים חשש רב שעדים יתאמו ביניהם עדויות וגרסאות בשלבים מוקדמים. לכן עומדים בפני בית המשפט כלים להתרשם ממהימנותו של העד המעיד בפניו באמצעות השוואת עדותו לגרסה הראשונית שניתנה בחקירה במשטרה, ואין כל חובה להישען על הגרסה המוקדמת.

ואכן, איש לא אמר שאכיפת גורמי החוק בשמירה על טוהר ההליך השיפוטי הפלילי צריכה להיות קלה. העובדה שלא נעשה די כדי לאכוף את כלל הסוב יודיצה במישור הפלילי, כשלעצמה, אינה מחייבת את המסקנה שצריך להעבירו מספר החוקים הישראלי; מדובר בשיקולים מסדר שני, ותו לא. לפיכך השאלה היחידה שעומדת על הפרק היא מה נכון לעשות כדי להבטיח שמשפטו הפלילי של נאשם יתנהל בבית המשפט, ושם בלבד. לכן, לדעתנו, צדק השופט גינת בקביעתו בפרשת קופר כי⁸¹ –

"המקום הראוי לבירור אשמתו של המבקש, הוא בית המשפט הפלילי. יצירת במה נוספת שבה מובא חלק מחומר הראיות, בצורה דרמטית, ומושכת את העין, פוגעת, ללא ספק, הן באפשרות של המבקש, והן

80 ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565 (1983) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

81 ראו עניין קופר במחוזי, לעיל ה"ש 4, פס' 21 לפסק דינו של השופט גינת (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

באפשרות של המאשימה, להביא את עניינם בדרך המלאה, ובהתאם לכללי הדיון בפני בית המשפט הפלילי."

לא זו אף זו, החלטתו של הנשיא גרוניס להורות על איסור פרסום קלטות "שולה" בפרשת טלנסקי איננה נקייה מספקות, והיא דווקא תומכת בביקורת המובאת ברשימתנו. לדעתנו, ניתן להצביע על שני הבדלים עיקריים שמחדדים את תמיכתנו באשר לרציונל בהחלטתו של הנשיא גרוניס לקבל את בקשת פרקליטיו של אולמרט (שכאמור הסתמכה על עקרון הסוב יודיצה):

א. בפרשת טלנסקי עסקינן בחשש מפני השפעה פוטנציאלית על שופטים, ואילו בעניין קופר החשש נוגע בעיקר להשפעה אסורה על עדים במשפט (שלגביהם ממילא לא חל טיעון ההגנה בדבר "תזת מקצוענות השפיטה"). חשוב להזכיר בהקשר זה כי בעניין שפטל,⁸² המקרה השלישי שבו נאכף איסור הסוב יודיצה, שבו דובר על סיקור משפטו של ג'ון דמיאניוק בערכאה הדיונית (בית המשפט המחוזי בירושלים), נקבע כי ככל שהפרסום שעל הפרק מכוון להשפיע על עדים במשפט, להבדיל מהשפעה על בית המשפט עצמו (השופטים המקצועיים), כך גדל החשש להשפעה על מהלך המשפט או על תוצאותיו;

ב. בפרשת טלנסקי אנו נמצאים בשלב הערעור, להבדיל מעניין קופר, שם מדובר בבירור אשמתו של הנאשם במשפט הפלילי בערכאה הדיונית. כאשר ההשפעה מכוונת לבית המשפט עצמו, יש טעם רב להבחין בין הערכאה הדיונית לבין ערכאת הערעור. כאשר מדובר בהליך ערעור (שבו ככלל לא יישמעו עדים ו/או טענות במישור העובדתי), קטן החשש מפני השפעה אסורה על ערכאת הערעור.⁸³ הא ראייה, לאחרונה קיבל בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים) את עתירתו של הרוצח המורשע דניאל מעוז לאפשר לו להתראיין לתקשורת, הגם שערעורו תלוי ועומד בבית המשפט העליון, ונקבע כך:⁸⁴

"על פני הדברים חשש כאמור, גם אם היה קיים, הרי שיש לתת את הדעת לכך שכעת אין מדובר בהליך בו ישמעו עדים ויוגשו ראיות, אלא בערעור. עסקינן בשאלה תיאורטית באם עצם קיום הריאיון יש בו כדי סכנה ממשית

82 בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356, 363, 364 (1989).

83 ראם שגב "סוב-יודיצה": הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטניים 128-130 (2001). ראו גם הנחיות היועץ החדשות, לעיל ה"ש 8, ס' (ג) (2) בעמ' 3: "גם כאשר ההשפעה מכוונת לבית המשפט עצמו יש להבחין בין ערכאה דיונית לבין ערכאת ערעור; ככל שמדובר בערכאת ערעור, כך קטן החשש להשפעה עליה".

84 עת"א (מנהלי ב"ש) 13-09-30999 מעוז נ' שירות בתי הסוהר – מחלקת האסיר, פס' 8 (פורסם בנבו, 9.12.2013) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

וקרובה לוודאי לפגיעה בהליך המשפטי אשר עתיד להתקיים בעניינו של העותר, שהוא ערעור בבית המשפט העליון. בהיעדר תשתית ראייתית של ממש לתמיכה בכך, הרי שהתשובה לשאלה הינה שלילית."

מנגד, ניתן להוסיף ולומר כי העניין הציבורי במשפטו של הנאשם אולמרט, שכיהן בעבר כראש ממשלת ישראל, גדול עשרות מונים ממשפטו של הנאשם קופר. ההליך הפלילי בעניינו של אולמרט מעסיק את הציבור לא רק בפן המשפטי הצר שלו – שאלת האשמה או החפות או שאלת העונש הראוי לנאשם – אלא בפנים אחרים ורחבים מן ההכרעה השיפוטית האינדיווידואלית.⁸⁵ יפים לעניינו דבריו של השופט סלים ג'ובראן בפרשת קצב הנ"ל:⁸⁶

"ככל שמעמדו של נאשם רם יותר וככל שהעבירה המיוחסת לו חמורה יותר, כך באופן טבעי גדל העניין שיש לציבור בפרשה ומטבע הדברים תרבה התקשורת לעסוק בכך.

...

המערער כיהן במשרה ציבורית ראשונה במעלתה – נשיא מדינת ישראל. הוא היה האזרח מספר אחת של מדינתנו. מעצם מעמדו ותפקידו, היה צריך להיות ברור ומובן לו, כי הוא עומד באור הזרקורים של התקשורת ובאור הזרקורים של העם כולו. תהילתו כנשיא המדינה היא ששימשה נגדו כ'חרב פיפיות' והיא זו שהעצימה את פרסום הפרשה מעבר לפרסום רגיל".

כדי להשלים את הדיון האמור ב"תזת מקצוענות השפיטה" ראינו לנכון להביא גם את העמדה ההפוכה (ולדעתנו, הנכונה יותר) שנקט השופט (כתוארו אז) אהרן ברק בעניין אזולאי, ולפיה גם שופטים מקצועיים אינם אלא אנשים "בשר-ודם" העלולים להיות מושפעים מאופי הסיקור (המוטה) בעיתונות:⁸⁷

"דמות זו, על יושרה והגינותה, ועל חוט השדרה ועקרונות היסוד המעצבים את שיפוטה, היא בסופו של דבר דמות אנוש. זו גדולתה וזו חולשתה. זו המציאות, ויש לראותה בעיניים פקוחות. על-כן יש להכיר בקיומה של אפשרות סבירה להשפיע על השופט המקצועי".

85 ראו הנחיות היועץ החדשות, לעיל ה"ש 8, ס' (ד) (1) בעמ' 3.

86 ראו עניין קצב, לעיל ה"ש 73, פס' 393, 394 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (ההדרגות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

87 ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 80, סיפה לפס' 13 לפסק דינו של השופט א' ברק (ההדרגות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

נשיאת מועצת העיתונות הישראלית, שופטת בית המשפט העליון (בדימוס) דליה דורנר, סבורה גם היא כי לתקשורת השפעה תת-הכרתית על שיקולי השופטים, ואלה דבריה:⁸⁸

"אני בטוחה שלשופט יש אומץ לב אולם יש גם חדירה מתחת לעור – השפעה תת הכרתית של התקשורת על השופטים. לכן עיתונאים צרכים להגביל עצמם מרצונם. זה נראה לי בלתי אתי".

עמדה דומה השמיע לאחרונה השופט יורם דנציגר (בדעת מיעוט) אגב הדיון בשאלת היחשפותו של בית המשפט לראיות לא קבילות בשלב הערעור בפרשת טלנסקי:⁸⁹

"מותב זה הוא שיכריע, בסופו של הליך, האם לקבל את הערעור או לדחותו. היחשפות מותב זה לראיות אשר טרם עברו ב"כור ההיתוך" של ההליך הפלילי בערכאה הדיונית, ואשר ייתכן כי בסופו של יום יוחלט שלא להתיר את הגשתן, טומנת בחובה קשיים בלתי מבוטלים. עיון בראיות אלה עלול "לזהם" את ההליך השיפוטי, ולמצער ליצור מראית עין של "זיהום" ההליך. עיון בראיות אלה עלול לגרום לחברי המותב להתייחס, ולו באופן בלתי מודע, לראיות אשר אינן קבילות בהליך השיפוטי. עיון בראיות שלא עברו את המסננת של דיני הראיות והפרוצדורה הפלילית עלול לפגום במראית פני הצדק ובאמון הציבור בשופטיו, שכן יודע הציבור כי שופט – מקצועי ככל שיהיה – הוא אדם ככל אדם, ועלול להיות מושפע מחומר המוגש לעיונו... למען שלמות התמונה ניתן אף לציין כי מחקר אמפירי שנערך בקרב 265 שופטים בארה"ב מצא כי במקרים מסוימים ראיות בלתי קבילות השפיעו על הכרעותיהם של השופטים, וכי במקרים מסוימים בלבד הצליחו השופטים להתגבר על השפעה זו...".

השופט גבריאיל כך היטיב לתאר את הקושי המרכזי שבהיחשפותו של בית המשפט הדן בהליך הפלילי לראיות לא קבילות בעניין אבוטבול, באמרו כך:⁹⁰

88 רותי אברהם "איך משפיעה התקשורת על שופטים?" ערוץ 7 (25.12.2006) www.inn.co.il/News/News.aspx/157695 (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

89 ראו עניין טלנסקי, לעיל ה"ש 79, פס' 15 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

90 ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 503 (1993) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

“סגולותיו הייחודיות של השופט המקצועי באות לידי ביטוי במקום בו נדרשת הפעלת שיקול-דעת שיפוטי. אך החלק הקשה של מלאכת קביעת העובדות נשען יותר על ניסיון חיים אנושי בדבר יכולת ברירת הבר מן התבן... לפיכך, מקום בו מהימנותו של עד היא במרכז המחלוקת במשפט, והשופט נחשף לראיה בלתי קבילה, אשר יש בה כדי לכוונו אפילו במשהו בעניין קביעת המהימנות... הרי סבורני כי אף שופט מקצועי אינו חסין לחלוטין, בסופו של התהליך החשיבתי, מפני השפעת ראיה בלתי קבילה כזו”.

נשאר את המילה האחרונה בנושא זה לשופט האמריקאי ריצ'רד פוזנר, שסיכם בספרו, בצורה מאלפת, את סוגיית ההשפעה על שופטים:⁹¹

“By self-awareness and discipline, a judge can learn not to allow his sympathies or antipathies to influence his judicial votes – unduly. But the qualification in ‘unduly’ needs to be emphasized. *Many judges would say that nothing ‘outside the law,’* in the narrow sense that confines the word to the texts of formal legal documents, *influences their judicial votes at all. Some of them are speaking for public consumption, and know better. Those who are speaking sincerely are fooling themselves*”.

ההנחה האמורה כי שופטים ניתנים גם ניתנים להשפעה פסולה הובילה אף לצמיחתה של תאוריית “ההגנה מן הצדק”, שלפיה יש לזכות את הנאשם שעניינו “נמרח” מעל דפי העיתונות, משום שאין הוא יכול עוד לזכות בקיומו של משפט הוגן. על קביעה זו חזר בית המשפט העליון בפרשת קצב תוך שהוא חוזר וקובע כי העברת ההליך המשפטי אל הזירה התקשורתית עלולה לגלוש לכדי פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ולהביא לביטולו של כתב האישום.

השופט סלים ג'ובראן רמז כי ראוי להחזיר את השפיטה למקום הראוי לה ולהותיר את העיתונות לתפקידיה החשובים לא פחות, לרבות הביקורת על בתי המשפט, ואלה מקצת דבריו:⁹²

91 RICHARD A. POSNER, REFLECTIONS ON JUDGING 130 (2013) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).
 92 ראו עניין קצב, לעיל ה"ש 73, פס' 394 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.). ראו גם בעז אוקון ועודד שחם “הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי” המשפט ג 265, 270 (1996): “אכן, שפיטה על-ידי העיתונות או על-ידי גורם אחר חותרת תחת חזקת

"פרסומים בפרשת המערער לא נתנו מנוח. ההגנה הגישה לבית משפט זה מאות פרסומים... שהופצו בעיתונות וברדיו כנגד המערער מאז פרוץ הפרשה. לא חסכנו מעצמנו וקראנו את כולם. היקפם, תכיפותם, עוצמתם וחומרתם, כאמור, עלולים להיתפס כהעברת הדיון המשפטי לזירה התקשורתית ותופעה זו מסוכנת היא עד מאוד. נראה, כי מרבית הפרסומים מופיעים כדיווחים וכמידע תקשורתי על הנעשה בפרשה, אך חלקם נחזים להיות שפיטה מוקדמת הנוגעת לאשמת המערער ואף ניסיון להשפיע לרעה על מקבלי ההחלטות. אכן, מסכימים אנו כי הופצו בתקשורת גם פרסומים לא ראויים וטוב היה לו לא היו נאמרים כלל".

לא נוכל לסיים את הדיון המשפטי בחזקה זו, שלפיה גם שופטים מקצועיים אינם אלא אנשים "בשר ודם" העלולים להיות מושפעים (לרעה) מהדיווחים התקשורתיים, מבלי להזכיר את פסיקתה של ערכאת הערעור בעניין קלגסבלד.⁹³ השופטת יהודית שבח (בדעת מיעוט) פסעה צעד נוסף קדימה והפכה את אסופת הפרסומים ה"מרשיעים", בעניינו של הנאשם, לשיקול בגזירת העונש:⁹⁴

"אינני מתיימרת לקבוע באם במקרה דנן אמנם נתכוונו הפרסומים השונים להשפיע על בית המשפט כבואו לגזור את דינו של המערער. אף אין לדעת אם בית המשפט קמא אכן הושפע בתת-מודע ממתקפת הפרסומים שקראו להחמרה בענישה. די בחשש לקיומה של השפעה שכזו, על מנת להביא להתערבותה של ערכאת הערעור".

בהקשר זה יצוין כי כארבע שנים לאחר מכן, השופטת י' שבח (בדעת מיעוט) חזרה וקבעה בעניין קצב כי מתקפת הפרסומים ה"מרשיעים" ומשפט השדה שנערך לנאשם על ידי התקשורת ראויים להישקל לקולא בשלב מתן גזר הדין, כך שעונש המאסר לריצוי בפועל

החפות. היא מעמידה את הנאשם בנקודת פתיחה רעועה. שפיטה מוקדמת חותרת גם תחת הסדר הציבורי... יש בה משום רדיפה של הנאשם".

93 ע"פ (מחוזי ת"א) 71933/06 קלגסבלד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.2.2007).

94 שם, סיפה לפס' 8 לחוות דעתה של השופטת י' שבח (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.). יוער כי עו"ד ד"ר אביגדור (דורי) קלגסבלד נידון בידי שופט בית המשפט לתעבורה בתל-אביב-יפו, השופט יצחק גרטי, ל-15 חודשי מאסר לריצוי בפועל, אך שופטי הערעור בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, זאב המר (אב"ד), יהודית שיצר ויהודית שבח (האחרונה הייתה בעד הפחתה של חמישה חודשים), החליטו להפחית מעונשו שני חודשי מאסר.

יועמד על ארבע שנים בלבד (זאת בניגוד לדעת הרוב שגזרה על הנאשם שבע שנות מאסר):⁹⁵

"משפט השדה שנערך לנאשם ע"י הציבור הינו גם תוצאה ישירה של משפט מהיר שנערך לנאשם ע"י התקשורת, במקביל למשפט שנערך ע"י בית המשפט, ובו הוכרע דינו זמן רב לפני שבית המשפט עשה זאת, הכל בסיוע מסיבי וחסר תקדים של הדלפות מגמתיות, שאיש לא נתן עליהן את הדין. כוונתי לפרסומים אין ספור... שהופיעו במהלך המשפט, תוך הפרה בוטה של הלכת הסוביודיזה, וכיד דמיונו הטובה של הכתב ונקודת מבטו הוא... עדים התראינו באופן חופשי, עדויות קבלו פומבי לכל דכפין, ואט אט נחצו כל הגבולות, ומרכז הכובד של ההכרעה בשאלת האשמה או החפות, עבר מבית המשפט הדין בתיק, אל מרקע הטלוויזיה ואל דפי העיתונות. אין הכוונה, כמובן, לסיקור עיתונאי מותר ולשיח ציבורי לגיטימי, כי אם לניהול 'בית משפט צללים' במקביל למשפט המתקיים בד' אמות בית המשפט... הדרך היחידה הנמצאת בסרגל הכלים של בית המשפט ליישום השפעת התופעות שהוזכרו לעיל על הנאשם, שאמור היה ליהנות מחזקת החפות עד לרגע הינתן הכרעת הדין, ואין הדבר עומד בסתירה, כאמור להרשעתו במעשים חמורים, הינה התחשבות בעונש, על דרך מתן הקלה ניכרת, בודאי לא זניחה".

עולה אפוא כי גם לגישתו של השופט (כתוארו אז) אהרן ברק, שידור ראיונות עם עדי תביעה בטלוויזיה עלול גם עלול להשפיע על השופט הדין בהליך הפלילי ועל העדים שיעידו בו.⁹⁶ עיקרון זה נתמך בהחלתם של כללי פסלות שופטים, והמבחן אשר נקבע לשם כך: קיומן של "נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט".⁹⁷ והנה, בנסיבות פרשת קופר קבע השופט גינת כי האפשרות ששידור עדויות מוקלטות ומצולמות של עדי תביעה מרכזיים ישפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו אמורה להיות ברורה

95 ת"פ (מחוזי ת"א) 1015-09 מדינת ישראל נ' קצב, פס' 8, 4-9-11 לחוות דעתה של השופטת י' שבח (פורסם בנבו, 22.3.2011) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.). יוער כי הערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה (ראו ה"ש 73), ונקבע כי "אין לומר, כי כתוצאה מן השפיטה התקשורתית המוקדמת, לא זכה המערער למשפט הוגן" (פס' 392 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

96 ראו גם דבריו הנכוחים של Lord Atkin, בפרשת *Ambard v. Attorney-General for Trinidad*, and *Tobago*, (1936) A.C. 322, 335 (P.C.), כי "Justice is not a cloistered virtue",

97 חוק בתי המשפט, ס' 77(א).

מראש לכל עיתונאי ועורך טלוויזיוני העוסקים בתחום.⁹⁸ השופט ברק נימק בעניין אזולאי, המקרה השני שבו נאכף איסור הסוב יודיצה, את החלטתו להטיל אחריות פלילית על העיתונאית אורלי אזולאי, שהפריזה בחירות שנטלה לעצמה בסיקור אוהד של נסיבות חייו האישיים של מורשע בפלילים במסגרת כתבה בנושא שיקום אסירים בישראל ערב מתן גזר הדין בעניינו, באמרו:⁹⁹

"אינטרס זה [הצורך להבטיח את טוהר ההליך השיפוטי] משמעותו, שהדין יוכרע בבית המשפט ולא מחוצה לו, על-ידי שופטים, החופשיים מכל השפעה חיצונית, המכריעים את הדיון על יסוד הראיות, המוגשות לפניהם כדין, ועל יסוד הטיעונים, שהצדדים משמיעים לפניהם. רק בדרך זו ייעשה צדק, וייראה שנעשה צדק, ואמון הציבור ברשות השופטת יישמר".

3. מודל (א) – המבחן המוצע לעברת הסוב יודיצה

לכאורה, מנקודת המבט של "אסטרטגיית ההכרעה הפלילית" ומשיקולים בדבר חשש מפני הרשעת שווא של חפים מפשע, המבחן המתאים ביותר לעניין עברת הסוב יודיצה צריך להיות מבחן של "אפשרות סבירה" שאותה צריך לפרש כתרחיש דברים אפשרי בשיקול דעת אנושי (להבדיל מטענה גורפת, ספקולציות בעלמא או השערות כלליות שעקרונית אינן ניתנות להפרכה) שנאשם יורשע בעקבות הפרסום בשל השפעה אסורה על השופט הדן בהליך או על העדים האמורים להעיד במשפט. בכל מקרה כזה יש טעם למנוע את הפרסום, ללא כל קשר לחשיבות הביטוי שעל הפרק. החסם העליון לחשיבות כל ערך חיצוני להגנה על חפים מפשע הוא זיכוי עבריינים, שכן בכל מקרה שבו הכרה בערך חיצוני כזה תהא כרוכה בסיכון של הרשעת שווא, תוכל המדינה להגשים ערך זה בזיכוי הנאשם. אם היא אינה עושה כן ומוכנה לוותר על הגשמת הערך (למשל מוכנה לוותר על הפרסום או על השידור), אז התביעה הפלילית מעידה שהיא מעדיפה להימנע מזיכוי עברייני מאשר להגשים אותו ערך. אולם אם הגשמת הערך אינה מצדיקה מחיר של זיכוי העברייני, כיצד היא תצדיק מחיר של הרשעת חפים מפשע?

מלבד זאת, לדעתנו, אימוץ מבחן של "אפשרות סבירה" באשר לסעיף 71 לחוק בתי המשפט הוא מחויב המציאות, למצער במקום שבו עסקינן בחשש מפני השפעה על העדים במשפט. סכנת ההשפעה האמורה היא שהדריכה את השופט (כתוארו אז) יואל זוסמן

98 ראו עניין קופר במחוזי, לעיל ה"ש 4.

99 ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 80, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

בהכרעתו בעניין דיסנצ'יק,¹⁰⁰ המקרה הראשון שבו נאכף איסור הסוב יודיצה, שם דובר בפרסום הודאתו של נאשם ברצח על פי דברים מוקדמים שמסר בריאיון לעיתונאי, כאשר בפתח משפט הרצח כבר סנגורו באשמה וטען כי אדם אחר ירה במנוח. למחרת פורסם בעיתון "מעריב" מאמר ובו נכתב כי "פרט לבליץ עצמו, לא יוכל איש לדעת אם התשובה השלילית היא התשובה שהיתה מוכנה בפיו. קודם לכן, לפני תחילת המשפט, השיב תשובה אחרת לשאלתו של עתונאי. אולם אותו מענה אינו מחייב...". בית משפט השלום אמנם זיכה את הנאשמים (עורך העיתון ומחבר הכתבה), אך בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה והרשיעם. למסקנה דומה הגיע גם בית המשפט העליון.

זו הנקודה המרכזית: בנסיבות המקרה היה הפרסום האמור עלול להשפיע במישרין על העדים במשפט, שכן הגורם המכריע במשפטו של הנאשם היה לא אחר מאשר "עד הזיהוי". מחד גיסא פרסום הודאתו של הנאשם המודה באשמתו היה עלול לחזק את אמנתו של עד הזיהוי כי אכן הנאשם הוא שירה במנוח, ומאידך גיסא עד זיהוי אשר סבר אחרת היה עלול להירתע מלהעיד לטובת הנאשם (או מלהעיד כלל) לאחר שקרא בעיתון כי הנאשם כבר הודה בביצוע העברה המיוחסת לו. גם בנסיבות פרשת קופר פרסום "סט" של ראינות עם עדות התביעה המרכזיות (שחלקן בפרשה אינו ברור) עובר לשמיעת העדויות במשפטו של הנאשם קופר עלול להביא ביתר שאת לתיאום גרסאות פסול ולשינוי מאולץ מן העדות המקורית.

השופט זוסמן ראה במעשה העיתון כפרסום של הודאת נאשם בעברה פלילית אשר הושמעה באוזניו של עיתונאי מחוץ לכותלי בית המשפט שעה שבתוך אולם בית המשפט הייתה כפירה באשמה. פרסום כזה, סבר השופט זוסמן, היה עלול להשפיע במישרין על עדים האמורים להעיד במשפט, ובעיקר על עדי זיהוי, תוך פגיעה באמנות ההכרעות העובדתיות, שכן אפשרות ההשפעה היא דו־סטריית: הסרת ספקות אצל עד מפקפק אשר בא להעיד לחובת הנאשם מזה, ו"שתילת" ספקות אצל עד בטוח אשר בא להעיד לזכותו של הנאשם, עד כדי הרתעה ממתן עדות כלל, מזה. חשש זה מפני השפעה אסורה על עדים במשפט הטריד גם את בית המשפט בפרשת חיים רמון:¹⁰¹

"לא נוכל לסיים משפט זה בלי התייחסות לתקשורת. לטעמנו, בתיק זה נחצו כל הקווים האדומים, המושג סוב־יודיצה דורדר לתהומות שלא הכרנו. תוכן עדויות פורסם באמצעי התקשורת, טרם עדים השמיעו את עדותם וכך

100 ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169 (1963).

101 ת"פ (שלום ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, פס' 96 להכרעת הדין (פורסם בנבו, 31.1.2007). ראו גם עניין קצב במחוזי, לעיל ה"ש 95, פס' 8 לחוות דעתה של השופטת י' שבח (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

התוודענו, במספר מקרים, ל'זיהום' עדויות. האיטור שלא לפרסם את עדות המתלוננת הופר ברגל גסה ע"י פרסום מילולי של העימות, שהיווה חלק אינטגרלי של העדות. ראיות מתיק המוצגים, לרבות צילומים, פורסמו ברבים, טרם ביהמ"ש אמר את דברו. אמצעי התקשורת עשו שימוש נלוו בדיוק פוליגרף לשלוש עדות ההגנה האחרונות, בנסיון ליצור בציבור את התחושה שהמשפט מתנהל בתקשורת ולא בבית משפט. תחושתנו היתה שנעשים ניסיונות, לעתים ע"י מסרים מוסוים, לעיתים בבוטות, להטות משפט. ליבנו היה גס בנאמר. לנו השופטים אין אלא את צו מצפוננו והוא הוא בלבד שמנחה אותנו".

אשר לחשש מפני השפעה אפשרית על שופטים נמנע השופט זוסמן מלפסוק אם הכתבה הנדונה אמנם היה בה כדי להשפיע לרעה על השופט היושב בדין ועל הכרעתו. השופט זוסמן היה מוכן להניח לטובת המערערים שבית משפט ישראלי, בהיותו מורכב משופטים מקצועיים – להבדיל מהשיטה האנגלו-אמריקאית, שבה חבר מושבעים של הדיוטות קובע את העובדות – איננו כה רגיש להשפעות כאלה, והשופט הדין בהליך מסוגל להתעלם מכתבה כזאת, כפי שהוא מתעלם מראיה לא קבילה אשר לעתים מגיעה לידעתו. ואולם, בסופו של דבר סייג השופט זוסמן את דבריו וציין כי סכנת ההשפעה קיימת גם כשמדובר בבית משפט מקצועי (בעיקר בנוגע לשקילת ראיות), שהרי גם בית משפט כזה איננו בגדר מנגנון שיפוט "אוטומטי".

לעומת זאת השופט צבי ברנזון, אשר לחוות דעתו הצטרף בהסכמה השופט משה לנדוי, ראה לנכון להדגיש דווקא את עניין ההשפעה על השופטים. פרסום הודאה כדוגמת זו הנזכרת לעיל "מחדיר" להכרתו של כל קורא, לרבות להכרתו של השופט המקצועי הדין בהליך, את האמונה באשמתו של הנאשם. אכן, גם שופט מקצועי אינו אלא "בשר ודם", וגם הוא עלול להיות מושפע לרעה, ולו רק מתחת לסף ההכרה. מכאן שיתכן כי ההכרעה במשפטו הפלילי של נאשם תיפול על יסוד השפעה חיצונית אסורה החורגת מחומר הראיות הלגיטימי הקיים.

לא נחתום פרק זה מבלי לציין כי גם מחקריו של פרופ' דניאל כהנמן, חתן פרס נובל לכלכלה, על הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות,¹⁰² תומכים בעמדה הכללית כי שופטים אינם אלא אנשים "בשר ודם", וכי הם רגישים להשפעות חיצוניות יותר משהם

Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCI. 1124 (1974); JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES (Daniel Kahneman, Paul Slovic, & Amos Tversky eds., 1982); KAHNEMAN DANIEL, THINKING FAST AND SLOW (2011).

חושבים או יודעים (או מוכנים להודות).¹⁰³ לגישתו של פרופ' כהנמן, סכנת ההשפעה מתעצמת דווקא באשר לאלה הסבורים כי שופט הוא גורם מקצועי וכזה לכאורה מנוטרל מ"רעשי רקע". נדרש מאמץ עילאי להטיל ספק ו"לטאטא" פרט מידע שרוצים להתעלם ממנו, ואלה שאינם סבורים כי יש צורך במאמץ כזה הם דווקא אלה שעשויים גם עשויים להיות מועדים להשפעה פסולה.

ז. משקל יתר לשיקולים של חופש הביטוי

1. כללי

הדין בארצות הברית תולה הרשעה בגין פרסומי סוב יודיצה בקיומה של סכנה ברורה ומידית.¹⁰⁴ ככלל, משיקולים של דין רצוי (שיקולים מוסריים בדבר המשפט) נראה כי פסיקת בית המשפט העליון בפרשת קופר פסעה בדרך לא ראויה. הזכות לחופש הביטוי קיבלה משקל יתר לעומת זכויות אדם אחרות אשר עומדות על הפרק כשמתעורר חשש להרשעת שווא של חפים מפשע. חשוב בהקשר זה לציין כי הפגיעה בזכויות אדם כאשר מתקבלת הכרעה של הרשעת חף מפשע אינה פגיעה מינורית וקלה אלא פגיעה קשה וחמורה.

אכן, עשויה להישמע הטענה כי לחופש הביטוי אין משמעות אם הוא אינו פוגע באף זכות אחרת. חירות הביטוי דורשת את האינטרסים האחרים, את הזכויות שבהן היא פוגעת, כדי לקבל משמעות. חירות הביטוי אינה יכולה להתקיים בריק, שכן כאשר חירות זו אינה פוגעת כלל בזכויות אחרות, היא חסרת משמעות.¹⁰⁵ ברם בענייננו אין זה עניין של מה בכך להעמיד אדם בסיכון של הרשעת שווא ומאסר כאשר אין לדבר הצדקה. משמעות הרשעה כזאת היא החרכת עולמו של אדם. מנגד, קשה לומר שביטול שידורה של תכנית תחקירים בטלוויזיה הוא בעל אפקט שלילי הדומה בעצמתו לחורבן עולמו של אדם. מה גם שכפי שצינינו לעיל, אין בהכרח לחייב ביטול מוחלט של שידור התחקיר, וניתן להסתפק בדחיית

103 חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות: אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" שערי משפט ה 177, 179–180 (2010).

104 THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 449–465 (1970); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 625–630 (1978).

105 יצוין כי לאחרונה בית המשפט העליון אף הרחיב את ההגנה על חופש הביטוי וחופש העיתונות. ראו ע"א 751/10 פלוני נ' דיין (פורסם בנבו, 8.2.2012). כן ראו דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין (פורסם בנבו, 19.9.2014) (להלן: עניין סרן ר').

מועד השידור עד לאחר סיום המשפט או למצער עד להשלמת הליך שמיעת הראיות, כפי שאכן הציע בית המשפט המחוזי.

לדעתנו, הגנה על אדם מפני סיכון של הרשעת שווא איננה בגדר זכות שניתנת לאיזון לא מטעמים של רצון להילחם בפשיעה ולמגרה¹⁰⁶ ולא מטעמים של חופש הביטוי. גם אם נניח שמדובר בזכות הניתנת לאיזון, הרי כשאומרים שזכות ניתנת לאיזון מבטאים הכרה בקיומן של עוד זכויות לכאורה (*prima facie*) המתנגשות עם ההגנה מפני הרשעת שווא. לפי גישה זו, הוצאת צו מניעה לתכנית טלוויזיה, בשל הגנה מפני הרשעת שווא, פוגעת בחופש הביטוי. ודאי ניתן לחשוב על מצבים שבהם חופש הביטוי יגבר אם מגיעים למסקנה אמפירית על יסוד ראיות ממשיות, שהסיכון להרשעת שווא הוא קלוש (אם כי לא אפסי), ואילו הפגיעה בחופש הביטוי תגרור פגיעה גם בקרבות עברה משום שהחוק הפלילי לא ייאכף כאשר הפגיעה בקרבות אלה היא קשה ובהסתברות גבוהה. אגב הביקורת על הלכת מילשטיין הסביר אחד מכותבי שורות אלה¹⁰⁷ כי אסטרטגיית ההכרעה היא עצמה נוסחת איזון בין ערך ההגנה על החיים לבין ערך אכיפת החוק הפלילי או הלחימה בפשיעה (שניתן לכנותם הערכים האפיסטמיים של ההליך), ועל כן אין כל מקום לאזן את האסטרטגיה עם ערך אפיסטמי אחר, שכן תהא בכך סתירה מיניה וביה – לאזן נוסחת איזון עם ערך המאוזן ממילא במסגרת נוסחה זו.

הטענה שהדברים הם בני איזון היא הטענה שיש אפשרות למצב אמפירי כלשהו שבו הסיכון להרשעת שווא, אף שהוא גדול מאפס, אינו מצדיק פגיעה בזכות אחרת. טענה שלפיה הזכות אינה בת איזון היא גורפת מדי, שהרי לא יעלה על הדעת אפילו מצב עניינים אחד שבו סיכון להרשעת שווא, נמוך ככל שיהיה, יהא מוצדק בשל ערך אחר לבד ממשאבי מערכת, ובכללם משאבים קוגניטיביים. אנו כאמור תומכים בטענה האחרונה אלא שגם על פי השיטה הראשונה פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין קופר איננו מוצדק לדעתנו. אשר לאופן ביצוע האיזון, יש הבדל בין איזון ברמת המחוקק לאיזון ברמת בתי המשפט. איזון ברמת המחוקק כפוף לשיקולים מוסריים ענייניים ולשיקולים חוקתיים על-חוקיים. הדבר בא לידי ביטוי בכך שהמחוקק אינו כפוף לתכתיב ספציפי של יסוד נפשי בעברת הסוב יודיצה. המחוקק שוקל איזה יסוד נפשי הוא המתאים ביותר מבין מטרה ומחשבה פלילית מינימלית (פזיונות), ואילו מבחני הסתברות ייקבעו מבין שלל המבחנים הקיימים של "ודאות קרובה", "אפשרות סבירה" ועוד. לעומת זאת בית המשפט כפוף גם לחקיקה ראשית וגם, חלקית, לתקדימו שלו. למשל, בית המשפט מקבל תכתיב של יסוד נפשי ספציפי (במקרה

106 במקרה זה מדובר באיזון שהוא תרתי דסתרי, שכן לוחמה בפשיעה מחייבת את דחיית ההגנה, שכן היא יוצרת מתכונת שונה של חלוקת סיכונים משגה.

107 דורון מנשה "שתיקת החפים" – עיון מחודש בהלכת מילשטיין" דין ודברים ו 542 (2012).

זה יסוד נפשי של מטרה), ובנוסף הוא כפוף לאילוצים של תקדימים בדבר מעמדו של חופש הביטוי (מבחן הסתברותי של "ודאות קרובה", הריסון הרב ביותר במניעה מוקדמת של פרסום לעומת הגשת כתב אישום פלילי בדיעבד).

2. האיזון בין הזכות לחופש הביטוי לבין הזכות להליך הוגן

בפרשת דיסנצ'יק¹⁰⁸ נזקק בית המשפט העליון לראשונה לבעיית ההתנגשות האפשרית בין שני עקרונות יסוד מרכזיים: חופש העיתונות כ"שלוחה של חופש הביטוי" מזה והצורך החיוני בהבטחת דיון משפטי הוגן מזה.¹⁰⁹ "חופש העיתונות" מחייב כי עיתונאי יהא רשאי, אם לא חייב, לפרסם את מלוא האינפורמציה הנתונה בידו. "דיון משפטי הוגן" ושמירה על טוהר ההליך השיפוטי מחייבים כי דינו של אדם ייחרץ אך ורק על בסיס ראיות שעמדו במבחנים הנוהגים בבתי המשפט, וכי כותלי בית המשפט יישארו אטומים לכל קול והשפעה פסולה מן החוץ. שני אינטרסים אלה עלולים אפוא להתנגש, והחיפוש אחר האיזון הנאות ביניהם הוא שהעסיק את בית המשפט בפרשת דיסנצ'יק. בהמשך בחן בית המשפט העליון בפרשת אזולאי את האינטרסים הציבוריים אשר במסגרתם פועל כלל הסוב יודיצה וקבע את יחסי הגומלין שבין כלל הסוב יודיצה לעקרונות היסוד של חופש הביטוי ועקרונות פומביות הדיון:¹¹⁰

"שניים הם האינטרסים הציבוריים, אשר במסגרתם פועל סעיף 41 לחוק [חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957]: חופש הביטוי וטוהר ההליך השיפוטי. מחד גיסא עומדים חופש הביטוי וחופש הפרסום, שהם מיסודות משטרנו הדמוקרטי... מאידך גיסא עומד אינטרס אחר, והוא הצורך להבטיח את טוהר ההליך השיפוטי. 'אין לך דבר בעל תוצאות חשובות יותר... מאשר להבטיח כי מעיינות הצדק יהיו זכים וטהורים...' אינטרס זה משמעותו, שהדין יוכרע בבית המשפט ולא מחוצה לו, על-ידי שופטים, החופשיים מכל השפעה חיצונית, המכריעים את הדיון על יסוד הראיות, המוגשות לפנייהם כדין, ועל יסוד הטיעונים, שהצדדים משמיעים לפנייהם. רק בדרך זו ייעשה צדק, וייראה שנעשה צדק, ואמון הציבור ברשות השופטת יישמר".

לדעתנו, קיים חוסר פרופורציה בדברי השבח וההלל של השופטת חיות בפרשת קופר לזכות חופש הביטוי (ובלשונה: "נשמת אפו של כל משטר דמוקרטי")¹¹¹ אל מול היעדר מילה

108 ראו עניין דיסנצ'יק, לעיל ה"ש 100.

109 אליהו הרנון "חופש הביטוי בעניינים שהם סוב-יודיצה" הפרקליט כ 11 (1963).

110 ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 80, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

אחת על משמעות הרשעת שווא של נאשם חף מפשע. אדרבה, במישור של חופש הביטוי בלבד, גם עונש מאסר פוגע בחופש הביטוי, שהרי אסירים מוגבלים ביכולתם לפרסם דברים או להתראיין, והם כפופים לאישור שירות בתי הסוהר (השב"ס).

ניתוחה המשפטי של השופטת חיות מזכיר קמעא את פסקי הדין המונומנטליים של הנשיא (השלישי) שמעון אגרנט בעניין קול העם¹¹² ושל הנשיא (השביעי) מאיר שמגר בעניין חברת החשמל,¹¹³ כי חופש הביטוי הוא ציפור נפשה של הדמוקרטיה, כי יש לו מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם, וכי הוא זכות "על" עלילאית. אלא שנדמה כי השופטת חיות התעלמה מכך שפסיקתו המאוחרת של בית המשפט העליון הבחינה בין היקפו של חופש הביטוי לבין מידת ההגנה הניתנת לו, ומשכך, גם חופש הביטוי, ככל זכות חוקתית, איננו חופש מוחלט.¹¹⁴

דברים אלה נכונים ביתר שאת בענייננו לאור הוראת סעיף 71 לחוק בתי המשפט, שבגדרה קבע המחוקק במפורש ובמישרין כי בכל הנוגע להתמודדות עם טוהר ההליך השיפוטי הפלילי, ייסוג חופש הביטוי כשפורסם "דבר" על עניין פלילי התלוי ועומד בבית משפט "במטרה להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו". הנטייה לקדש את ההגנה המוחלטת על חופש הביטוי ראויה לעיון, במיוחד כשניצבת כנגדה הזכות היסודית לקיומו של הליך הוגן. על האיזון החוקתי בין חופש הביטוי מזה לבין הזכות להליך הוגן מזה ניתן לדעתנו ללמוד ולהקיש משתי פרשיות שונות שנדונו בבית המשפט העליון ושעיקרן בהתנגשות שבין הזכות להליך הוגן לבין הזכות לפרטיות:

א. בפרשת היומנים¹¹⁵ נקבע כי עיון מלא ביומני המתלוננת, חרף הפגיעה בזכות לפרטיות, הוא קריטי להגנת הנאשם במשפט הפלילי כחלק מהגשמת זכות היסוד למשפט הוגן. נקבע כי מקום שמדובר בחומר אשר העיון בו טומן בחובו פגיעה בזכויות יסוד של עדים או של מתלוננים, יש למצוא את האיזון הראוי בין זכויות אלה לבין זכויות הנאשם למשפט הוגן, והשיקול הדומיננטי הוא הרלוונטיות הלכאורית של החומר לאישום ולנאשם והערכת הסיכוי, על פני הדברים, כי תהיה בו תועלת להגנת הנאשם.

111 ראו עניין קופר בעליון, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות.

112 בג"ץ 73/53 חברת קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871, 878 (1953).

113 ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977).

114 אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223–248 (1996); ד"נ 9/77 חברת החשמל בע"מ נ' "הארץ", פ"ד לב(3) 337 (1978); עניין סרן ר', לעיל ה"ש 105; עניין פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 12.

115 בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360 (2005), פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש.

ב. בפרשת התצ"ר¹¹⁶ נקבע כי בהתנגשות חזיתית, כאשר על כפות המאזניים מונחות זו מול זו זכותו של הנאשם למשפט הוגן וההגנה על פרטיותם של העדים, משקלה של זכות הנאשם למשפט הוגן יכריע את הכף, ודינם של השיקולים הנוגדים לסגת. במאמר מוסגר יוער כי בדיון שנערך לפני בית המשפט העליון הדגיש הנאשם קופר כי באיזון בין הערכים המתנגשים במקרה הנדון יש להעדיף את חזקת החפות ואת טוהר ההליך השיפוטי, בין השאר משום שבנסיבות המקרה אין אינטרס ציבורי חשוב בפרסום התחקיר בעניינו. באשר לחזקת החפות במובן שמו הטוב של הנאשם (הגישה הקונטיננטלית),¹¹⁷ ניתן לומר כי זהו שיקול נוסף להצדקת מתן צו המניעה בענייננו של קופר, אולם אין מדובר בשיקול עצמאי הנמצא במתחם של כלל הסוב יודיצה, שכן החשש במובן האמור הוא לא מפני הרשעת שווא אלא מפני פגיעה בכבוד האדם עוד בטרם ההרשעה (ואפילו אם לא תהיה הרשעת שווא).

הדבר תלוי אפוא בהיקף התחולה שמייחסים לחזקת החפות. אם נפרש את חזקת החפות כמקרה פרטי של הזכות לשם טוב, בהקשר של ייחוס אשמה פלילית במצב של חפות ובעקבות זאת יצירת שם רע, הרי שניתן להשתמש בחזקת החפות כטעם מצדיק למתן צו המניעה שהתבקש. שמו הטוב של האדם הוא זכות יסוד, והפגיעה בשמו הטוב בטרם עת, קרי עוד לפני שהורשע בדיון ושעה שעוד עומדת לו חזקת החפות, היא קשה ביותר ועלולה להכריע את עתידו ואת גורלו. ואולם, גם ללא שימוש בחזקת החפות ניתן לדעתנו להסתייע בזכות לשם טוב כשלעצמה, לפי חוק איסור לשון הרע.

3. מבחן "האפשרות הסבירה" אל מול מבחן "הוודאות הקרובה"

בפרשת אזולאי מציין השופט (כתוארו אז) אהרן ברק בבחנו את היסוד העובדתי של עברת הסוב יודיצה בסעיף 71 לחוק בתי המשפט בנוסחו עובר לתיקון מס' 32 משנת 2002 ("לא יפרסם אדם דבר על ענין התלוי ועומד בבית משפט, אם יש בפרסום כדי להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו"), כי קיימות נקודות איזון שונות: מחד גיסא, "נקודת איזון, המעניקה משקל ניכר ביותר לחופש הביטוי ומשקל נמוך ביותר לטוהר ההליך השיפוטי", ומאידך גיסא, "נקודת איזון, המעניקה משקל ניכר ביותר לטוהר ההליך השיפוטי ומשקל קל ביותר לחופש הדיבור".¹¹⁸

116 בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נו(4) 625 (2003), פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

117 ראו ע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1) 1187 (1951).

118 ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 80, פס' 11-12 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק.

באשר לנקודת האיזון שאומצה בפסיקה הישראלית אימץ השופט ברק את המבחן המשפטי שנקבע בפרשת דיסנצ'יק,¹¹⁹ מבחן "האפשרות הסבירה" של השפעה אסורה, שהוא מבחן אובייקטיבי, המאזן – על פי עקרונות של סבירות – בין חופש הביטוי מזה לבין הטוהר השיפוטי מזה:¹²⁰

"...אין די בסכנה רחוקה הנשקפת להליך (remote effect), אבל די בהשפעה אפשרית, שכן אחת היא אם בפועל עשה הפרסום את שלו והשפיע על המשפט או אם רק יכול היה להשפיע. ואפשרות זו, של השפעה על תוצאות המשפט, די לה אם היא אפשרות סבירה, ואין צורך שתהא קרובה לוודאי או ממשמת ובאה (imminent).".

אפשרות של השפעה על משפט התלוי ועומד די היה בה, לפי גישת המחוקק בעבר, "כדי להסב נזק לטהרת הדיון המשפטי ולהעמיד את עשיית הצדק בסימן שאלה". אלא שבנוסחו המתוקן של סעיף 71 לחוק, במסגרת תיקון מס' 32 משנת 2002, הכולל דרישה ליסוד נפשי של מטרה, צמצם המחוקק את היקף האיסור האמור וראה לנכון להטות את כפות המאזניים לטובת חופש הביטוי על חשבון אינטרס ההגנה על טוהר ההליך השיפוטי.¹²¹ מסיבה זו גם בוטלה תחולתה של עברת הסוב יודיצה, במסגרת התיקון החקיקתי האמור, על פרסומים בתקשורת בנוגע להליכים אזרחיים ומנהליים.

כך גם ההלכה הפסוקה השתנתה, ונקבע כי היקפו של האיסור על פרסום דברים בנוגע לעניין פלילי התלוי ועומד בבית משפט צומצם, והתנאים להשתכללות העברה הפלילית שונו באופן המחייב, בין היתר, "אפשרות קרובה לוודאי" להשפעה על ההליך.¹²² אולם לדעתנו הלכה חדשה זו משיקולים של דין רצוי אינה אמורה לחול במקום שקיים בו חשש מפני השפעה פוטנציאלית על עדים במשפט. באשר לסכנת השפעה זו, ימשיך לחול מבחן "האפשרות הסבירה".

ועתה נחזור לענייננו: בפרשת קופר אומץ מבחן משפטי של "ודאות קרובה" ("העבירה הפלילית תשתכלל רק כאשר ישנה אפשרות קרובה לוודאי להשפעה על ההליך

119 ראו עניין דיסנצ'יק, לעיל ה"ש 100.

120 שם, בעמ' 181, פסק דינו של השופט י' זוסמן (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.). לביקורת ראו מרדכי קרמניצר "על חופש העיתונות והעבירה של פרסום סוב-יודיצה במשפט פלילי" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א 165 (התשמ"ו).

121 "לא יפרסם אדם דבר על ענין פלילי התלוי ועומד בבית משפט במטרה להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו, וראייה מראש את ההשפעה האמורה כאפשרות קרובה לוודאי כמוה כמטרה להשפיע, והכל אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור".

122 בש"פ 1659/11 שטנגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2011).

המשפטי").¹²³ מכאן שעל מנת לאסור על קיומו של התשריר בעניינו של קופר בנימוק של חשש מעברה פלילית לפי סעיף 71 לחוק בתי המשפט, יש לכאורה צורך בראיות של ממש אשר יביאו למסקנה כי אכן קיימת סכנה "קרובה לוודאי" להשפעה על ההליך המשפטי (בין שמדובר בהשפעה על שופטים ובין שמדובר בהשפעה על עדים). פיתוחו של הדיון במישור הדין המצוי, באשר לתוצאה המשפטית, בהנחה שהמבחן הוא "ודאות קרובה" ובהנחה שהמבחן הוא "אפשרות סבירה", הוא מתבקש בנסיבות העניין, במיוחד משום שבשנים האחרונות ניתן לזהות מגמה שיפוטית שמקשה במידה רבה את ההגנה המוחלטת לזכות לחופש הביטוי.¹²⁴ תמהנו אפוא אם בית המשפט העליון נקט מהלך פרשני נכון ומדויק בנסיבות העניין דנן (השפעה אסורה על עדים במשפט) כשבחר להימנע מיישום מבחן "האפשרות הסבירה" שאומץ כאמור בפרשת דיסנצ'יק ובפרשת אזולאי עובר לתיקון מס' 32 משנת 2002, וחלף זאת העדיף ליישם את מבחן "הודאות הקרובה".

על רקע השיקולים שפורטו לעיל נשיב על השאלה האמורה בשלילה. על פני הדברים נראה כי גם לפי דעת הרוב של השופטת (בדימוס) עדנה ארבל, כפי שהובעה לאחרונה בפרשת הנהלת בתי המשפט,¹²⁵ קיימת הצדקה שמבחן "האפשרות הסבירה" להשפעה על ההליך השיפוטי הפלילי ימשיך לחול בנסיבות דומות לאלה שבפרשת דיסנצ'יק ובפרשת אזולאי:

"המערערים ביקשו לטעון כי את המבחן המקל יותר, של דרישת 'אפשרות סבירה' מן הראוי להחיל בעניינו, כפי שנעשה בפרשות שאוזכרו, לשם הבטחת ההגנה על ההליך המשפטי וטוהרו. עמדתי שונה. ראשית, בעניין דיסנצ'יק ובעניין אזולאי, דובר בחשש לפגיעה בטוהר הליך שיפוטי מתנהל במקרה קונקרטי, על רקע התוכן שפורסם. במקרה שבפנינו טוענים המערערים לחשש מפני השפעה כללית של הפרסום על תפקוד השופטים. חשש זה מבוסס, ולו בחלקו, על השערות וספקולציות, ומניח כי עצם הפרסום ישפיע על ההתנהלות הכללית של השופטים. לטעמי, ועל כך עוד ארחיב בהמשך, קשה לקבל טענה זו ומכל מקום היא אינה מצדיקה קביעת מבחן הסתברותי מקל יותר".

123 ראו עניין קופר בעליון, לעיל ה"ש 2, פס' 17–20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

124 ראו עניין סרן ר', לעיל ה"ש 105.

125 עע"מ 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר עיתון הארץ בע"מ, פס' 56 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ע' ארבל (פורסם בנבו, 22.9.2014) (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

זאת ועוד, בעניין חן, שנדון כשלוש שנים לאחר התיקון החקיקתי האמור,¹²⁶ קבע השופט יהונתן עדיאל, תוך הסתמכות על מבחן "האפשרות הסבירה" שאומץ בפרשת אזולאי הנ"ל, כי לצורך האיזון שנדון שם יש להחיל "מבחן מחמיר פחות ממבחן הוודאות הקרובה, אשר מסתפק בהוכחת קיומה של אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בעשיית הצדק".

4. מודל (ב) – מבחן חלופי לעברת הסוב יודיצה

כאמור, השאלה המרכזית שיש להכריע בה נוגעת למבחן ההסתברותי שרצוי להפעיל כאשר לעברת הסוב יודיצה כשמדובר בהשפעה אסורה על עדים במשפט: מבחן "הוודאות הקרובה" או מבחן "האפשרות הסבירה". ואולם, לדעתנו, ניתן לגשת לעניין זה מזווית ראייה שונה, תוך הסתייעות במבחן משפטי אחר שעשוי לייתר את השאלה האמורה: מבחן הבוחן את תוכנו של הפרסום ואת הביטויים שבו ללא כל קשר להסתברות פגיעתו בהליך הפלילי.

גם ד"ר שגב סבור כי ההיבט הראשון שיש לתת עליו את הדעת בנוגע לשימוש בצווי מניעה הוא חומרת הפגיעה שלהם בחופש הביטוי לאור הטענה הנפוצה כי צווי מניעה הם אמצעי קיצוני בכל הנוגע להגבלת ביטויים, אשר אף פוגע בחירות יותר משפוגע בה הסדר של הסוגיה במישור הפלילי.¹²⁷ ד"ר שגב מציין כי ספק אם יש הצדקה עניינית לטענה כי צוים אלה שייכים לקטגוריה של מניעת השמעת הביטוי מראש, שפגיעתה בחירות חמורה מהפגיעה שגורמת עברה פלילית אשר מתירה את השמעת הביטוי ורק מענישה בגינה בדיעבד. לדידו, מידת הפגיעה בחופש הביטוי הכרוכה בצו מניעה תלויה בהיקף הצו ובסוג הביטוי שאותו הוא מגביל.¹²⁸ לעמדת ד"ר שגב, קיימים ארבעה סוגי פרסומים היוצרים סכנה ממשית של השפעה פסולה על תקינותם או תדמיתם של הליכים שיפוטיים פליליים אשר עשויה להצדיק את הגבלתם.¹²⁹ הפצתו של מידע עובדתי לא קביל היא אחד מבין שני הסוגים החמורים יותר של ביטויים אסורים ומטרת הגבלת סוג זה של פרסומים היא הגנה על תקינותו של ההליך השיפוטי באמצעות מניעה של השפעה על שופטים ועל עדים פוטנציאליים והגנה על תדמית ההליך השיפוטי בעיני הציבור.¹³⁰ סדרת פרסומים בנוגע לאשמתו של נאשם היא אחד מבין שני הסוגים החמורים פחות של ביטויים אסורים ומטרת ההגבלה על סוג זה של פרסומים היא הגנה על תקינותו של ההליך השיפוטי הפלילי

126 רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 7.11.2005).

127 ראו שגב, לעיל ה"ש 83, בעמ' 107–108.

128 שם, בעמ' 108.

129 שם, בעמ' 185.

130 שם, בעמ' 185–186.

באמצעות מניעת השפעה פסולה על שופטים, על רשויות התביעה ועל עדים פוטנציאליים וכן הגנה על תדמיתו ותקינותו של ההליך השיפוטי בעיני הציבור.¹³¹ על רקע עקרונות אלה מוצע לבחון את התחקיר של תכנית "עובדה" ואת סבירות האפשרות של השפעתו על ההליך הפלילי בעניינו של קופר.

כלומר, ניתן לשקול הצעת חלופה "מאוזנת" לגישה המאמצת כאמור מבחן של "אפשרות סבירה" לעניין תחולת עברת הסוב יודיזה, כשמדובר בהשפעה אסורה על "עדים במשפט". מדובר בחלופה המאמצת מודל ביניים "מתוחם", שיהא בר אכיפה ואכן ייאכף בבתי המשפט. ייכללו בו למצער שני המקרים האלה, המעוררים חשש ממשי להשפעה אסורה על המשפט ולהגדלת התנאים להתרחשות טעות בהנחה של מקצועיות: א. איסור על פרסום ("הדלפת") ראיות טרם הצגתן בבית המשפט (לרבות ראיות לא קבילות)¹³² אשר נראה כי שני הצדדים חוטאים בכך היום; ב. איסור על פרסום ריאיון עם בעלי דין, או עם עדים האמורים להעיד במשפט, או פרסום המביא את גרסאותיהם של אלה.¹³³

אכן, המרתו של האיסור הכללי באיסור חוקי מוגדר על פרסומים ספציפיים תגביר את סיכויי אכיפתו של הכלל האוסר ותמנע את המצב הנוכחי, שבו הפך האיסור הפלילי הקיים להלכה "על הנייר" בלבד שבמקרים רבים אין מורין לפיה. הסיכוי לשמירת האיסור הפלילי, בצורתו המצומצמת, יבטיח את קיומו של האינטרס במניעת "משפט בידי עיתונות" מבלי לפגוע שלא לצורך בחופש הביטוי ובחופש העיתונות.

נכון, איש אינו אומר כי המשוכה שמאמר זה מנסה לצלוח היא קלה במישור האכיפתי. קשה, קשה מאוד, לראות כיצד יהיה ניתן לאכוף את האיסור המוצע באופן שישגיג את מטרתו. כך, לא ברור כיצד יש לנהוג בגרסת עד שכבר פורסמה טרם המשפט; כך לא ברור ממתי יש להחיל את האיסור – אם כבר משלב מוקדם יחסית – החקירה במשטרה. כאשר הרגולציה והפסיקה אינן נותנות לציבור הכללי ולכלי התקשורת כללי התנהגות ברורים ופשוטים ליישום, ולמעשה מותירות בידם מרחב מסוים של שיקול דעת, על המחוקק ועל בתי המשפט להביא בחשבון שאותם גורמים עלולים גם לטעות ואף להטעות. זהו טבע האדם, ולכאורה אין לכך תרופה.

אולם כפי שהוסבר בפרק ה לעיל, המזור טמון בצעדים המתקנים שימנעו את הדעות הקדומות (פרסומי הסוב יודיזה) כבר בראשיתן, ובהסדרת רגולציה מתאימה שתגן על

131 שם, בעמ' 186.

132 ראו הנחיות היועץ החדשות, לעיל ה"ש 8, ס' (א) (3) בעמ' 2: "פרסום ראיות שאינן קבילות בבית המשפט".

133 ראו הנחיות היועץ הישנות, לעיל ה"ש 9, ס' 2(ג): "פרסום ראיון עם בעלי דין, או עם עדים האמורים להעיד במשפט, או פרסום המביא את גרסאותיהם של אלה, למעט פרסום ידיעה בתום לב על דבר שנאמר, או שאירע, בישיבה פומבית של בית המשפט".

ההליך השיפוטי מפני השפעות חיצוניות אסורות. לדעתנו, ברגע ששוק התקשורת יהיה "מאולף" (קרי – מחונך) והיועץ המשפטי לממשלה יחל באכיפת עברת הסוב יודיצה, הקשיים האכיפתיים ממילא יתייתרו וייעלמו מעל פני השטח. זהו טבעה של רגולציה טובה בזמן ובמקום הנכון.

ח. סוף דבר

קביעת עמדה כלפי פרסומי סוב יודיצה שמטרתם להשפיע על משפט פלילי תלוי ועומד בעניינו של נאשם היא ללא ספק בעיה לא מבוטלת אשר הטרידה רבות את בתי המשפט בעשורים האחרונים. ניתן לומר כי אכן אוקיינוס מפריד בין ההשקפה האנגלית להשקפה האמריקנית: אנגליה מדגישה יותר את סכנת הפגיעה בעשיית צדק ומוכנה, למען טהרת הדיון המשפטי, לרסן את העיתונות במידה לא קטנה, ואילו ארצות הברית מטעימה יותר את חופש הביטוי כאחת מחירויות היסוד, גם אם התרת הרצועה תומנת בחובה את הסכנה של "משפט על-ידי העיתונות". כך או כך, אין חולק כי התקשורת משחקת תפקיד חשוב בהשפעה על האווירה הציבורית ובעקיפין גם על בתי המשפט.

לא נסיים את רשימתנו מבלי להציג את עיקרי הצעתנו הנושנה של המשפטן פרופ' זאב סגל ז"ל לאימוץ הסדר אלטרנטיבי בעניין זה.¹³⁴ לגישתו, ניתן להבטיח את האינטרס של שימור משפט הוגן גם אם תבוטל עברת הסוב יודיצה, וכי ראוי אף לשקול לבטלה ביטול מוחלט. כדי להבטיח את האינטרס הציבורי של הבטחת טוהר ההליך השיפוטי מוצע לקבוע בחוק בתי המשפט איסורים על פרסומים ספציפיים, הנוגעים להליכים שיפוטיים, שלגביהם ניתן לומר כי הם מהווים סכנה מיוחדת של השפעה אפשרית על מהלך המשפט או על תוצאותיו.¹³⁵ פרסומים אלה, שנושאים עמם כוח שכנוע מיוחד, מסתכמים לגישתו של פרופ' סגל בשני פרסומים אסורים: א. פרסום על הודאתו של נאשם באשמתו בעניין פלילי, שנמסרה מחוץ לכותלי בית המשפט (פרשת דיסנצ'יק); ב. פרסום על עברו הפלילי של נאשם במשפט פלילי בטרם נגזר דינו. יתר סכנות ההשפעה שטמונות לכאורה בפרסומים אחרים הן "רחוקות מדי" לגישתו של פרופ' סגל ואינן מצדיקות את הגבלתו של חופש הביטוי.

ואולם, דעתנו שונה. אכן, חקיקה הנותרת "אות מתה" חוטאת לתפקידה. ברם תכלית החקיקה, ובכללה כוונת המחוקק, לעניין סעיף 71 לחוק בתי המשפט אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות של "שב ואל תעשה". אדרבה, סעיף 71 לחוק בתי המשפט הוא כלי שרת

134 זאב סגל "איסור פרסום 'מטעמי סוביודיצה': הצעה להיתר ולהסדר אלטרנטיבי" מחקרי משפט ד 105 (1985).

135 שם, בעמ' 113.

בהפחתת הסיכון להרשעת שווא של חפים מפשע. לדעתנו, הקריאות שנשמעות לאחרונה לביטולו של סעיף 71 לחוק בתי המשפט¹³⁶ אינן במקומן, והן אף מעידות על אדישות רבה לסיכון של הרשעת חפים מפשע. לא זו אף זו, חתירה לתוצאה שכזו עשויה להביא לביטול מיותר של כלי חיוני וחשוב המצוי בידי בתי המשפט והמאפשר להם להתמודד עם התופעה המטרירה של "חריצת דינו" של אדם בתקשורת, הגם שבמידה מוגבלת יחסית לנוכח המדיניות המרוסנת של היועץ המשפטי לממשלה בהגשת כתבי אישום בגין עברת הסוב יודיצה. איפוק זה נובע מהחשש המופרז לטעמנו לפגיעה בזכות לחופש הביטוי, שמעמדה כאמור נחלש בשנים האחרונות. יפים לעניינו בהקשר זה דבריו של שופט בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין בעניין סרן ר':¹³⁷

"אכן, חיים אנו בעידן שבו נשחק הסוביודיצה, אך הוא חקוק עלי ספר ... ועם שער אני למהפכות ולתהפוכות בעולם התקשורת אני סבור כי ראוי שבית משפט זה, בלי משים, יתן ידו למי שהסוביודיצה בעיניהם כחלפה מן העולם."

...

יוער, כי בגדר זאת לא אדרש בהרחבה להיבטים של סוב-יודיצה ... מעבר לכך שרואה אני קושי של סתירה מניה וביה בעמדה ה"מנטרלת" את הסוביודיצה כליל בהקשר דנא."

לאחרונה פורסם מאמרו של ד"ר קרניאל בנָר, המנתח את עברת הסוב יודיצה במשפט הישראלי כמקרה מבחן והמתייחס בין היתר לפרשת קופר.¹³⁸ ד"ר קרניאל אוחז בעמדה הדיכוטומית כי לרשות השופטת ולתקשורת תפקידים שונים, ואין לבלבל בין השתיים. התקשורת, גם כאשר היא מפרסמת כתבות בשילוב עם כותרות "רועמות" וכיתוב מודגש או גם כאלה שיש בהן כדי להביע דעה, אין ביכולתה – ולמעשה היא אף אינה מתימרת –

136 יובל יועז "חיות: עבירת הסוביודיצה הפכה לאות מתה; יש לשקול לבטלה" גלובס (8.7.2013) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000860316. על פי הדיווח הזה, שופטת בית המשפט העליון אסתר חיות הבהירה בכינוס שהתקיים בנושא: "ליטיגציה, תקשורת ופרקטיקה" כי צריך בהחלט לשקול את ביטול העברה היות שהיא הפכת ל"אות מתה", ואלה דבריה: "האם צריך להעמיד לדין כל יום? האם צריך לחדש את האכיפה? אין פה כל-כך מה לחדש, מעולם לא הייתה אכיפה. תמיד הלכו על בהונות לגבי אכיפה. אני לא בטוחה שצריך לשמר את הנורמה הפלילית הזו, יש לי הרהורים על כך וצריך חשיבה מחודשת".

137 ראו עניין סרן ר', לעיל ה"ש 105, פס' כא, נא לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

138 ראו Karniel, לעיל ה"ש 7.

להיות תחליף לרשות השופטת. התקשורת נעדרת את הכלים, המבנה והכוח המצויים בידיו של בית המשפט. ואולם טענתו של ד"ר קרניאל שלפיה יש לאפשר לתקשורת לסקר משפטים פלייליים אינה נסמכת אך ורק על חוסר היכולת לאכוף את הכלל של סוב יודיצה או על סמכויותיה המוגבלות של התקשורת. העמדה נשענת גם על ההבנה כי התקשורת היא בעלת השפעה, וכי דיווחים על עניינים משפטיים עלולים להביא לעתים לכדי תוצאה ציבורית שונה (טובה יותר) מזו שאליה הגיע בית המשפט שדן בהליך, שכן גם במערכת השיפוטית, למרות יתרונותיה הברורים בחתירה לחקר האמת בתוך ההגדרות השיפוטיות, ניתן לזהות ליקויים וטעויות.¹³⁹ ד"ר קרניאל סבור כי יש צורך במחקר אמפירי כדי לבחון אם אכן יש לכלל של הסוב יודיצה השפעה אמיתית על הפעולות היום-יומיות של התקשורת, ואף רומז לצורך בביטולו של כלל זה. ד"ר קרניאל מוסיף ומציין כי כיום כלל הסוב יודיצה אינו קיים עוד בתחומי שיפוט מסוימים, וכי יש בו כדי לאיים על חופש הביטוי של התקשורת. לגישתו, איום זה אף חל ביתר שאת בשיטת המשפט הישראלית, המבוססת על שופטים מקצועיים הקובעים את העובדות ("פרופסיה שיפוטית") ולא על מושבעים הדיוטות.

ואולם, לגישתנו, מסקנה זו אינה עומדת במבחן הביקורת. התזה של ד"ר קרניאל נעדרת כל התייחסות לחשש מפני ההשפעה האסורה על עדים במשפט, אשר שבנו ועמדנו על חשיבותו לאורכו ולרוחבו של המאמר. זאת ועוד, לדעתנו, העובדה שלא נעשה די כדי לאכוף את הכלל של סוב יודיצה במישור הפלילי, היא כשלעצמה אינה מחייבת את המסקנה כי צריך להעביר את הכלל מספר החוקים הישראלי; כאמור, מדובר בשיקולים מסדר שני, ותו לא. לפיכך השאלה הרלוונטית היחידה היא מה נכון לעשות כדי להבטיח שמשפטו הפלילי של נאשם יתנהל בבית המשפט, ושם בלבד. בהקשר זה חשוב לציין כי לאחרונה, בכינוס מחוז תל-אביב והמרכז של לשכת עורכי הדין, התייחס שופט בית המשפט העליון ניל הנדל לתפקידה של התקשורת בספרה המשפטית, באמרו:

"כללית, קיומה של התקשורת במשפט הוא חיובי ורצוי, ואף אחד מסימני ההיכר של הדמוקרטיה. אולם כל אחד צריך לעשות את עבודתו בצורה הטובה ביותר, ותפקידה של התקשורת אינו לשפוט ולהרשיע. ייתכן שבמקרים קיצוניים אף צריך לעשות שימוש בחוק הסוב-יודיצה".¹⁴⁰

139 שם, בעמ' 92.

140 מתוך מאמרו של איתמר לוין "לשקול העמדה לדין על סוב-יודיצה קיצוני" NEWS1 (15.2.2015) www.news1.co.il/Archive/001-D-360522-00.html (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).

ונקודה אחרונה לסיום: בפועל שודר התחקיר המלא של תכנית "עובדה" בעניינו של הנאשם קופר ביום 3.1.2014, קרי יותר משמונה חודשים לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט העליון. נתון עובדתי זה מוכיח כי לטענתם של נציגי תכנית "עובדה", שלפיה כל עיכוב במועד השידור של התחקיר גורם לכאורה נזק עצום לאינטרס הציבורי בחשיפת המידע, לא היה לה על מה לסמוך.

לדעתנו, לתכנית "עובדה" ולציבור הרחב לא היה נגרם נזק מדחיית שידור התחקיר, אך לנאשם בעניינו (ככל שהדברים נוגעים לפסק דינו של בית המשפט העליון) נגרם נזק כבד, למצער במישור סכנת ההשפעה על העדים שהיו אמורים להעיד במשפטו הפלילי. אכן, בשידור התחקיר המקורי של תכנית "עובדה", בטרם קיומו של ההליך הפלילי אשר הוביל לחידוש חקירת רצח חשובה ולהגשת כתב האישום נגד קופר, היה עניין ציבורי מובהק. ואולם, בשידור התחקיר הנוסף שעמד על הפרק (מושא מאמר זה), כאשר ההליך הפלילי בעניינו של קופר כבר החל, יש אולי משום עניין מסוים לציבור, אך ודאי אי אפשר לומר כי ייגרם נזק עצום אם בית המשפט העליון היה מורה לדחות את שידורו זמנית בלבד, עד לסיום המשפט או עד לאחר שהעדים הרלוונטיים ישמיעו את גרסתם במשפטו הפלילי של קופר.¹⁴¹ אדרבה, נראה כי במקרה האחרון גובר דווקא האינטרס הציבורי של שמירה על טוהר ההליך השיפוטי הפלילי, כפי שהיטיב לנסח זאת השופט גינת:

"ראוי עוד לציין, כי קיים הבדל בין אינטרס הציבור בשידור תחקיר דוגמת זה הראשון בעניינו, בטרם קיומו של הליך פלילי ואשר הביא לחידוש חקירה חשובה, לבין אינטרס שונה של הציבור, כאשר ההליך הפלילי כבר החל. במקרה האחרון גובר, – בשלב זה וכל עוד לא סיים בית המשפט השומע את ההליך את שמיעת הראיות, – האינטרס הציבורי של שמירה על טוהר ההליך הפלילי, על אינטרסים חשובים אחרים, שעיקרם חופש הביטוי וחופש העיתונות".¹⁴²

כל שנותר לנו לקוות הוא כי טרם נאמרה המילה האחרונה במשפט הישראלי, ובשיטות משפט אחרות, באשר לעברת הסוב יודיצה ואכיפתה בדין הפלילי, ככל שהדברים נוגעים לסכנת ההשפעה האסורה על עדים במשפט. לעת זו מוטב אפוא להשאיר את האיסור הכללי שבספר החוקים הישראלי בדבר פרסומי הסוב יודיצה, על כנו. תם ולא נשלם.

141 אשר מעוז "גם לזכות הציבור לדעת יש גבול" הארץ (20.3.2013).

142 ראו עניין קופר במחוזי, לעיל ה"ש 4, בסיפה לפס' 22 לפסק דינו של השופט גינת (ההדגשות שלנו – ד.ס. וד.מ.).