

**על איסור הסוביודיצה וחופש הביטוי –  
מילים פורחות ואותיות מתות  
בעקבות ע"א 409/13 שידורי קשת נ' קופר**

מאת

**בועז שנור\***

בעניין קשת נ' קופר דן בית המשפט העליון בפעם הראשונה בצורה מקיפה בבקשתו של נאשם במשפט פלילי להוציא צו מגיעה כנגד פרסומים תקשורתיים שעלולים לפגוע בזכותו למשפט הוגן ובחירותו מכוח עבירת הסוביודיצה, פרסומים אשר נעשו חזון נפרץ. בפסק הדין התגלעו חילוקי דעות, הן באשר לסמכותו של בית המשפט להוציא צווים כאמור, הן באשר לדרך שבה יש לאזן בין חופש הביטוי לבין הזכות למשפט הוגן ולחירות. כן נדונה מדיניות הפרקליטות במקרים אלה. בסופו של דבר נדחתה הבקשה לאור פגמים דינויים בבקשה שבית המשפט בחר שלא לדלג מעליהם.

ברשימה זו אטען, על סמך מחקרים פסיכולוגיים אמפיריים, ובהתבסס על המשפט המשווה, כי פרסומים תקשורתיים אשר כוללים ראינות עם עדים שטרם העידו, פרסומים אשר מגלים ראיות שלא יישמעו בבית המשפט, ופרסומים דומים אשר כוללים קביעות עובדתיות (כפי שהיה במקרה זה) עשויים להשפיע בצורה חמורה על הדרך שבה עדים זוכרים את האירועים, ועל הדרך שבה שופטים יתייחסו לראיות עתידיות. לפיכך, פרסומים כאלה מעלים חשש כבד לפגיעה חמורה בזכותו של הנאשם להיות מורשע רק על סמך הראיות שנשמעו במשפטו. לאור כך אטען כי ראוי לשנות את מדיניות הפרקליטות אשר מתעלמת מזכויות הנאשמים, להעמיד לדין על עבירת הסוביודיצה במקרים מתאימים ואף לבקש להוציא צווי מגיעה מכוחה במקרים שבהם מתעורר חשש אמיתי לפגיעה בהליך השיפוטי.

\* מרצה בכיר, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודתי נתונה לאיתי ליפשיץ, לבועז סנג'רו, לרינת קיטאי, לאייל כתבן, לנעמי בקון-שנור ולקורא האנונימי על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות של מאמר זה. עם ירידתו של מאמר זה לדפוס התוודעתי למאמר מקיף שנכתב במקביל לכתיבת מאמר זה ואשר תומך בהרבה מהרעיונות המובעים כאן: דון סוסנוב ודורון מנשה "משפט מתנהל בבית-המשפט ושם בלבד": על עברת הסוביודיצה בעקבות ע"א 409/13 שידורי קשת בע"מ נ' קופר" **שערי משפט** ח 9 (2015). הרעיונות המובעים שם מבססים ביסוס נוסף ומכיוון שונה את התיזה המובעת במאמר הנוכחי לגבי החשש כי המדיניות המצמצמת (אם לא המאיינת) שננקטת בידי בית המשפט לגבי עבירת הסוביודיצה, תביא לפגיעה קשה בעצמאות ההליך השיפוטי, לאור כך שלא ניתן יהיה למנוע את השפעתם של פרסומים תקשורתיים על המעורבים בהליך: שופטים, ובעיקר עדים.

כן אטען כי לבית המשפט יש סמכות להוציא צווי מניעה כאמור; כי על בתי המשפט לאזן בין חופש הביטוי לבין הזכות למשפט הוגן כך שזכויות הנאשמים יוגנו; וכי ההישענות על טעמים פרוצדורליים במקרה הזה, תוך הימנעות מדיון במקרה לגופו, לא הייתה ראויה לאור חשיבות הערכים שהועמדו בסכנה בעקבות כך.

מבוא. פרק א: עובדות עניין קופר. פרק ב: איסור הסוביודיצה. פרק ג: הערות האגב – על האיזון שבין טוהר ההליך השיפוטי לבין חופש הביטוי. פרק ד: עמדת הפרקליטות ומניעה מראש. פרק ה: ההכרעה לגופה – פגמים דיוניים. פרק ו: מסקנות בדבר האיזון בין חופש הביטוי וזכותו של אדם למשפט הוגן והצעה לדין רצוי.

## מבוא

לאחרונה ניתן פסק דין בעניין קופר.<sup>1</sup> בפסק דין זה דחה בית המשפט העליון את בקשתו של מר שמעון קופר לאסור על שידורי קשת לשדר תחקיר של תכנית "עובדה" שבמהלכה יתראיינו עדי תביעה אשר אמורים להעיד נגדו במשפט רצח. דחיית הבקשה נעשתה מטעמים פרוצדורליים, אך בהערות אגב הביעו השופטים את עמדותיהם באשר לאיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין הזכות למשפט הוגן. פסק דין זה מעורר שאלות קשות באשר לעמדת בית המשפט כלפי היחס שבין זכותו של אדם למשפט הוגן והאינטרס הציבורי שבמערכת משפט הוגנת ונטולת פניות מצד אחד, לבין חופש הביטוי של אמצעי התקשורת במדינת ישראל וזכות הציבור לדעת מצד שני. שאלות אלה מתעוררות הן בשל הנוקשות הפרוצדורלית שגילה בית המשפט תוך היעדר נכונות להגמיש את כללי הפרוצדורה כדי להגן על זכותו של אדם למשפט הוגן, הן (ובעיקר) בשל הערות האגב של השופטים שמהן עולה עדיפות ברורה לחופש הביטוי של אמצעי התקשורת על פני הזכות למשפט הוגן והאינטרס הציבורי שבמערכת משפט הוגנת ונטולת פניות.

ברשימה זו נבקר את עמדתו של בית המשפט בדבר האיזון הראוי בין נכונותה של מערכת המשפט להגן על חופש הביטוי לבין הסכנה לזכות למשפט הוגן. ביקורת זו תתבסס בעיקרה על מחקרים אמפיריים נרחבים אשר בוחנים את השפעתה של חשיפה למידע על אודות אירוע על היכולת לזכור אותו או לקבוע את האמת בעניינו כמו גם על הסכנות שבאיזון שקבע בית המשפט ועל משפט משווה.

בפרק א להלן נציג את עובדות עניין קופר אשר ישמשו מקרה המבחן לבחינת עמדתו הערכית של בית המשפט; בפרק ב נסקור בקצרה את איסור הסוביודיצה בישראל, על מטרותיו ועל האיזונים הכלולים בו, מתוך הסתכלות על הספרות המחקרית הרלוונטית ועל משפט משווה; בפרק ג נעמוד על הקשיים העולים מעמדתם הערכית של שופטי בית

1 בע"א 409/13 שידורי קשת נ' קופר (פורסם בנבו, 11.4.2013) (להלן: עניין קופר או פסק הדין).

המשפט כפי שהיא מתבטאת בהערות האגב שלהם; פרק ד יציג את הקשיים העולים מעמדת המדינה בדיון; בפרק ה נבקר את הכרעת בית המשפט לגופה (אשר נשענת על טעמים דיוניים) ונעמוד על המשמעות שלה מבחינת האיזונים בין הערכים השונים שבבסיס איסור הסוביודיצה. לבסוף נציע איזון ראוי חדש.

## פרק א: עובדות עניין קופר<sup>2</sup>

בשנת 2010 שודרה תכנית "עובדה" שבה סופר כי כמה מנשותיו של קופר מתו בנסיבות תמוהות. בחודש נובמבר 2012 הוגש כתב אישום נגד קופר, ובו נטען כי רצח את אשתו (לאחר מכן הוגשה בקשה לתיקון כתב האישום באופן שיכלול רצח של אישה נוספת). ב-14.1.2013 הייתה אמורה להיות משודרת תכנית "עובדה" על אודות הפרשה, שבמהלכה היו אמורים להתראיין עדי תביעה. באותה תקופה התפרסמו פרסומים רבים על הפרשה באמצעי תקשורת שונים.

לקראת שידור התכנית פנו תחקירניה אל קופר, אשר היה במעצר, וביקשו את תגובתו. בעקבות זאת הגיש קופר, באמצעות עורכי דינו, המרצת פתיחה ובה בקשה לצו מניעה קבוע נגד שידור התכנית, בקשה לצו מניעה זמני ובקשה לפטור מאגרה. קופר לא צירף לבקשותיו תצהירים, שלא כתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א). כן לא צירף לבקשתו לצו מניעה זמני התחייבות לפצות את מי שאליו כוון הצו, אף זאת שלא כתקסד"א. מבחינה מהותית נסמכה הבקשה על כך ששידור התכנית יפר את סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: החוק, או חוק בתי המשפט) – סעיף הסוביודיצה.<sup>3</sup> אנשי חברת ההפקות "קשת", המפיקה את התכנית, הגישו תגובה לבקשה לצו מניעה זמני ובה התנגדו לה מטעמים דיוניים ומהותיים, ואף התנגדו לבקשה לפטור מאגרה. גם אנשי קשת לא הגישו תצהיר, שלא כתקסד"א. מדינת ישראל הצטרפה לעמדתו המהותית של קופר אף שהתנגדה לבקשתו לפטור מאגרה.

בפתח הדיון הסכימו הצדדים כי בית המשפט לא ידון בבקשה לצו מניעה זמני אלא יעבור ישירות לדיון בבקשה לצו מניעה קבוע.<sup>4</sup> בית המשפט (כבוד השופט הבכיר גרעון גינת) החליט לתת צו מניעה קבוע נגד שידור התכנית למרות הפגמים הדיוניים.<sup>5</sup> כמו כן פסק בית המשפט כי המשיבים ישלמו את האגרה בלא להחליט במפורש בבקשה לפטור

2 שם, פס' 2-3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. תיאור העובדות לקוח מפס' 2-3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

3 קופר לא הסתמך בבקשתו על הפגיעה הצפויה לשמו הטוב. ייתכן כי נמנע מלהסתמך על חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 מאחר שצפה שקשת תעלה את טענת "אמת דיברתי" ואולי אפילו תצליח בטענתה; ייתכן גם כי עשה זאת מאחר שפסיקת בית המשפט העליון ביטלה למעשה את האפשרות להוציא צו מניעה זמני במסגרת חוק איסור לשון הרע. ראו רע"א 10771/04 רשת תקשורת נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308 (2004).

4 ה"פ (ת"א) 13-01-19664 קופר נ' שידורי קשת בע"מ, פס' 6 (פורסם בנבו, 14.1.2013).

5 שם, פס' 25.

מאגרה.<sup>6</sup> על פסק דין זה הוגש הערעור. בית המשפט העליון פסק פה אחד כי הפגמים הדיוניים שנפלו בבקשתו של קופר (היעדר התצהירים והיעדר ההתחייבות לפצות את מי שאליו כוון הצו) מצדיקים את דחיית בקשתו של קופר. מלבד זאת הוסיפו השופטים הערות שונות לעניין סמכותו של בית המשפט להוציא צווי מניעה בהליך אזרחי נגד פרסומים כדי למנוע פגיעה בהליך השיפוטי ולעניין האיזונים הערכיים שעל בית המשפט לעשות בבואו לדון בבקשות כאלה.

הערות האגב שהוסיפו השופטים לפסק הדין נשענות על איזון ערכי בעייתי. נראה שאיזון זה השפיע גם על נכונותו של בית המשפט להישען על פגמים דיוניים (חמורים ככל שיהיו) כדי לדחות את בקשתם של קופר ושל המדינה. משמעה של הדחייה עלול להיות פגיעה בזכותו של אדם למשפט הוגן, דווקא במשפט רצח שעשוי להסתיים במאסר עולם. כדי להבין בעיות אלה יש להציג את התשתית המשפטית שעליה נסב הדיון.

### פרק ב: איסור הסוביודיצה

סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט הגיע אלינו בירושה מהמחוקק המנדטורי אך עבר כמה שינויי חקיקה עד היום. בנוסחו הנוכחי הסעיף קובע:

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.

נוסחו זה של הסעיף הוא תוצאה של תיקון חקיקה משנת 2002,<sup>7</sup> אשר צמצם את היקף תחולת הסעיף להליכים פליליים בלבד והוסיף לו דרישה ליסוד נפשי.<sup>8</sup> צמצום זה בא בעקבות ביקורת אשר נמתחה על הנוסח הקודם בטיעון שהוא רחב מדי, משתק את חופש הביטוי ואינו דרוש לשם הגנה על הליכי בית המשפט.<sup>9</sup>

סעיף 71 נועד לשמור על טוהר ההליך השיפוטי הפלילי. כוונת הסעיף היא למנוע מצב שבו ההכרעה בשאלת אשמתו של אדם תושפע מפרסומים חיצוניים שעלולים להשפיע על הראיות הנשמעות במשפט פלילי ועל הדרך שבה הן מתקבלות. הנחת המחוקק היא כי בפרסומים תקשורתיים יש כדי להשפיע על מהלך המשפט.<sup>10</sup> למשל, במקרה שבו מתפרסם

6 שם, פס' 26.

7 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 32), התשס"ב-2002.

8 קודם לתיקון היה נוסח הסעיף בחלקו הרלוונטיים: "לא יפרסם אדם דבר על ענין התלוי ועומד בבית משפט אם יש בפרסום כדי להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו".

9 ראו זאב סגל "איסור פרסום מטעמי 'סוב יודיצה': הצעה להיתר ולהסדר אלטרנטיבי" מחקרי משפט ד 105 (1985).

10 ראו שם, בעמ' 112.

ברבים ריאיון עם עד אשר חושף את תוכן עדותו העתידית יוכלו עדים אחרים שעד לפרסום לא היו מודעים לתוכן העדות שהתפרסם, להתכונן לעדותם העתידית ולשאלות שהם עתידים להישאל, על פי עדות זו.<sup>11</sup> בעבר נשמעו קולות אשר מטילים ספק בהנחה זו של המחוקק,<sup>12</sup> ואכן בשנת 2002 צומצם עד מאוד האיסור. אולם ספרות מחקרית ענפה תומכת חד משמעית בהנחה שפרסומים מאוחרים עשויים להשפיע על תפיסת מציאות מאוחרת. מאז שנות השבעים ועד ימים אלה נערכו מאות, ואולי אלפי,<sup>13</sup> מחקרים אשר הוכיחו חד-משמעית כי חשיפת אדם למידע על אירוע שחווה משנה את זיכרונו מן האירוע בלא שיהיה מודע להשפעה של המידע המאוחר על זיכרונו מהחוויה המקורית.<sup>14</sup> מחקרים שהתמקדו במושבעים מצאו כי ככל שגוברת החשיפה התקשורתית של מקרה, כן גדל הסיכוי שהם יגבשו דעה מוקדמת בעניינו ויהפכו למוטים.<sup>15</sup>

בדומה לזה ייתכן כי פרסום באמצעי התקשורת יכול לראיות שאינן קבילות ושאינן לבית המשפט להיחשף להן, כגון תוצאות של האזנת סתר, הודאה שנפסלה, תוצאות של

- 11 והשוו ל' 172 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב–1982, אשר אוסר על עד לנכוח בעדותו של עד אחר.
- 12 ראו סגל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 143–148, 149–151.
- 13 ראו Elizabeth F. Loftus, *Searching for the Neurobiology of the Misinformation Effect*, 12 LEARN. MEM. 1 (2005).
- 14 לסקירת הספרות האמפירית הנרחבת אשר מראה את ההשפעה הרבה שיש לחשיפתו של עד ראייה למידע חיצוני על האירוע שלו היה עד, על זיכרונו מן האירוע, ראו למשל Elizabeth F. Loftus, *Planting Misinformation in the Human Mind: A 30-Year Investigation of the Malleability of Memory*, 12 LEARN. MEM. 361 (2005).
- ראו במיוחד את C.A. Morgan III et al., *Misinformation Can Influence Memory for Recently Experienced, Highly Stressful Events*, 36 INT'L J.L. PSYCHIATRY 7 (2013), אשר מראים כי גם זיכרונות מאירועים טראומטיים שקרו לאחרונה משתנים שינוי לא מודע עם חשיפה למידע מאוחר על האירוע. מחקר זה רלוונטי במיוחד לעדות של נפגעים או של עדים שמעידים על אירועים טראומטיים. כן ראו את Elizabeth F. Loftus, D.G. Miller & H.J. Burns, *Semantic Integration of Verbal Information Into a Visual Memory*, 4 J. EXP. PSYCHOL. HUM. LEARN. 19 (1978), אשר מוכיחים כי ככל שהזמן שחולף בין האירוע האמתי לבין החשיפה למידע השגוי עליו רב יותר, כן גובר הסיכוי שהאדם יזכור את המידע השגוי כמידע נכון. במרבית המקרים חולף זמן רב בין התרחשות האירוע לבין התנהלות המשפט ופרסום כתבות עליו בתקשורת, ולכן הסיכוי שהעדים יוטעו – עולה. למחקר אשר בודק את הבסיס הנירולוגי לזיכרון המוטעה ראו Yoko Okado & Craig E.L. Stark, *Neural Activity During Encoding Predicts False Memories Created by Misinformation*, 12 LEARN. MEM. 3 (2005).
- 15 ראו למשל Edmond Costantini & Joel King, *The Partial Juror: Correlates and Causes of Prejudgment*, 15 LAW & SOC'Y REV. 9, 36 (1981); Stephen J. Krause, *Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial*, 76 B.U. L. REV. 537, 559–561 (1996); Dan Simon, *The Limited Diagnosticity of Criminal Trials*, 64 VANDERBILT L. REV. 143 (2011). לניתוח קוגניטיבי של הדרך שבה מידע לא רלוונטי משפיע על שופטים ועל מושבעים במקרים שונים ראו חנן גולדשמידט ויעקב שול "הקושי בהתעלמות ממידע – פסיכולוגיה ומשפט" משפט ועסקים יב 67 (2010).

בדיקת פוליגרף או כל ראייה לא קבילה אחרת. פקודת הראיות<sup>16</sup> קובעת כי העובדה שבית המשפט נחשף לראייה שאינה קבילה אינה פוסלת אותו מלדון באותו מקרה, אך היא מאפשרת לפסול את פסק הדין אם השופט הושפע מהעדויות הפסולה עד כדי הכרעה לפיה.<sup>17</sup> ספרות אמפירית רחבת היקף מוכיחה כי כל פריט מידע שאליו נחשף אדם על אירוע נתון משפיע השפעה לא מודעת על פירושו של אותו אדם את פריטי מידע אחרים שאליהם הוא נחשף, וממילא תשתנה פרשנותו הכוללת לאירוע.<sup>18</sup> שופטים הם מקצועיים ומיומנים, והפסיקה התבססה על מאפיין זה כדי לקבוע פעמים רבות כי חשיפה לראייה פסולה אינה מצדיקה פסילת שופט אלא בנסיבות חריגות,<sup>19</sup> אולם המחקר האמפירי מראה כי טעויות

16 ס' 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 קובע כי "ראייה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת, לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק-דין; אף על פי כן, העובדה שבית המשפט שמע את הראייה לא תפסול את פסק-הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראייה או שאין ראייה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה" (ההדגשה הוספה – ב"ש).

17 ראוי לציין כי בפסיקה ניתן להוראה זו פירוש מצמצם ביותר תוך קביעה כי חזקה ששופט מקצועי יודע לנתק את עצמו מהשפעתן של ראיות פסולות, ולכן אין בהיחשפותו של שופט לראיות פסולות להביא להשפעה על המסקנות שיסיק, וממילא אין ככלל בהיחשפות זו כדי להביא לפסילת פסק הדין.

פסק הדין המנחה בסוגיה זו הוא דנ"פ 188/94 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 1 (1996), שם נקבע בדעת רוב כי כדי לפסול פסק דין שניתן לאחר שהשופט נחשף לראייה פסולה יש להראות בערעור כי אין ראיות כשרות שתומכות בפסק הדין, או שבית המשפט לערעורים משתכנע שהשופט הכריע כפי שהכריע רק בשל הראייה הפסולה. עם זאת נפסק שם כי רק לעתים נדירות ייקבע שראייה פסולה אכן השפיעה על בית המשפט, וגם במקרים אלה יוחזר התיק לבית משפט קמא כדי שיכריע מחדש בתיק תוך התעלמות מהראייה הפסולה (שם, בעמ' 14-16). פסיקה זו אינה עולה בקנה אחד עם הספרות המחקרית כפי שהיא מובאת לעיל בה"ש 13-15 ולהלן בה"ש 18 ו-20. ראו לעניין זה את גולדשמידט ושול, לעיל ה"ש 15, בעמ' 81-82, אשר מעמתים את הלכת אבוטבול עם הספרות המחקרית.

18 ראו למשל את המאמרים המאוזכרים לעיל בה"ש 14-15 ולהלן בה"ש 20. כן ראו Helen M. Paterson & Richard I. Kemp, *Comparing Methods of Encountering Post-event Information: The Power of Co-witness Suggestion*, 20 APPL. COGNIT. PSYCHOL. 1083 (2006).

19 ראו למשל ע"פ 1884/13 סלע נ' מדינת ישראל, פס" 8 (פורסם בנבו, 12.3.2013); יגאל מרזל דיני פסלות שופט 299 (2006). לסקירה של הדעות השונות בפסיקה בנושא זה ראו ע"פ 6752/97 פרידן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 329, 333-335 (1997), שם מביא הנשיא ברק כמה דעות בלי להכריע ביניהן. דעה אחת היא דעתו של הנשיא אגרנט, ולפיה: "העובדה בלבד, שהשופט בעצמו מאמין בכנות שבכוחו להשתחרר מן הדעה הקדומה הנדונה, אינה מכריעה בשאלת פסלותו מלשבת בדין בענין החדש, ולו רק מהטעם שאותה דעה עלולה להשפיע עליו אפילו מתחת לסף הכרתו" (ב"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 375, 383 (1975)). דעה אחרת היא דעתו של הנשיא שמגר, שלפיה "חזקה על השופט, שיידע להתעלם מן החומר הבלתי קביל שהובא לידיעתו, אך בכך לא די במקרה כגון זה שלפנינו, כי חשובה לנו במידה לא פחותה גם מראית פני הצדק" (ע"פ 593/83 ורקשטל נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 614, 616 (1983)).

הנובעות מחשיפה למידע מטעה הן תופעה שקיימת ברמה זו או אחרת אצל כל בני האדם.<sup>20</sup> לפיכך משופט נחשף למידע חיצוני, המידע עשוי להשפיע השפעה לא מודעת על הכרעתו בדבר אשמתו של הנאשם, אף שהשפעה כזו אסורה.<sup>21</sup> סעיף 71 מכיר באפשרות זו, ובשל החשיבות הגדולה של קיום הליך פלילי נקי מהשפעות חיצוניות, הוא אוסר על פרסום ראיות שיש בהן כדי להשפיע על בית המשפט.

פרסומים תקשורתיים עשויים אף לכלול ראיונות עם אנשים ש"יעידו" על המקרה אף שאינם עדים במשפט עליו. מקרים כאלה עשויים לקרות אם משום שהצד שבגרסתו ה"עד" תומך סובר שהעדות אינה אמינה, אם משום שהוא אינו רוצה להעמיד את העד במבחן החקירה הנגדית, אם משום שהעד אינו רוצה להיחשף בבית המשפט ואם מסיבות אחרות. בנסיבות כאלה עשוי הפרסום התקשורתי אשר כולל את ה"עדות" להיות דרך עקיפה להבאת תוכן העדות אל תודעת השופט והעדים האחרים ולהשפעה עליהם, בלי להביא את ה"עד" עצמו לבית המשפט ובלא שיש לצד שכנגד הזדמנות הוגנת להתמודד עם ה"עדות".

20 ראו המאמרים המאוזכרים לעיל בה"ש 13–15 ו-18. לסקירה של מחקרים שמראים כי אפילו זיכרונות של תינוקות ומינים ביולוגיים לא אנושיים מושפעים ממידע מטעה מאוחר ראו Loftus, *Searching for the Neurobiology of the Misinformation Effect*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 362–363. מלבד האמור ראו לציין כי קיימים כמה נתונים שהופכים את השופטים דווקא לרגישים יחסית לאפשרות להיות מושפעים מחשיפה למידע מאוחר ולא נכון. ראשית, ככל שהזמן שעובר בין החשיפה למידע המטעה לבין הצורך להיזכר במידע ולהבחין בין המידע האמתי למידע המוטעה רב יותר, כן גובר הסיכוי שהאדם יתבלבל בין המידע האמתי לבין המידע המטעה ויזכור את המידע המטעה כאמתי (Phillip A. Higham, *Believing Details*) (1998) 265 BR. J. PSYCHOL. 89. *Known to have been Suggested*). במרבית המקרים (ובעיקר בתיקים גדולים) שופטים כותבים את פסקי הדין שלהם זמן ארוך יחסית לאחר פרסום המידע התקשורתי על הפרשה, ולכן הסיכוי שהמידע התקשורתי ישפיע על זיכרונם, גדל; שנית, בישראל מרבית השופטים הם בעשורים השישי והשביעי לחייהם. לנתון זה יש משמעות רבה לענייננו, כיוון שבגיל מתקדם נפגעים חלק מתפקודי הזיכרון, ולכן גדל הסיכוי שהשופט "יזכור" מידע מטעה שאליו נחשף כמידע אמתי (Mara E. Karpel, William J. Hoyer & Michael P. Toglia, *Accuracy and Qualities of Real and Suggested Memories: Nonspecific Age Differences*, 56 J. GERONTOL. PSYCHOL. SCI. 103 (2001)). להיעדר ההבדל בין שופטים לבני אדם אחרים בהקשר הישראלי ראו יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" *משפט וממשל* ח 49, 84–82 (2005) והאסמכתאות הרבות המופיעות שם.

21 הסיכוי להיות מוטעה מחשיפה למידע שגוי קטן אם האדם מקבל אזהרה, קודם שהוא נחשף למידע, שהוא עומד להיחשף למידע שעלול להיות מטעה (E. Greene, M.S. Flynn & E.F. Loftus, *Inducing Resistance to Misleading information*, 21 J. VERBAL LEARN. VERBAL BEHAV. 59 (1982)). לפיכך במקרים שבהם שופט יודע כי הוא עומד להיחשף לראיה שאפשר שתפסל (כמו למשל בדיון על ראיה חסויה או על קבלה של ראיה באיחור), הסיכוי שהוא יושפע מהראיה הפסולה אכן קטן יחסית. אולם דווקא במקרים של פרסומים במדיה (טלוויזיה, עיתונות, אינטרנט וכו') אשר אופייניים לס' 71 לחוק בתי המשפט, רוב הסיכויים הם שהשופט ייחשף למידע, לפחות חלקית, לפני שיבין שמדובר בפרסום על פרשה שבה הוא שופט, ולכן הוא לא יוכל להזהיר את עצמו מראש אלא רק בדיעבד (השוו למשל לע"א 8844/06 ביאלוסטוצקי נ' בנק ירושלים בע"מ, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.11.2007)). מאחר שאזהרה כזו אינה אפקטיבית, הסיכוי שהוא יוטעה גדל.

מובן כי על מנת להצליח בשמירה על טוהר ההליך המשפטי יש למנוע פרסומים שעשויים לפעול לטובת הנאשם, כמו גם פרסומים שעשויים לפעול לרעתו. המחוקק רצה למנוע מצבים שבהם משפטו של אדם יתנהל בתקשורת לפני סיום ההליך השיפוטי בלא קשר לשאלה אם הפרסום התקשורתי משרת את אינטרס הנאשם או את אינטרס התביעה. במילים אחרות, האינטרס המוגן בידי העברה שבסעיף 71 אינו רק אינטרס של הנאשם אלא גם של המערכת השיפוטית ושל כלל החברה – האינטרס כי משפטים פליליים לא יושפעו מפרסומים חיצוניים.

מלבד החשש בפגיעה בטוהר ההליך השיפוטי יש בפרסומים תקשורתיים אשר עוסקים באשמתם של נאשמים כדי לפגוע בחזקת החפות המהותית. חזקת החפות במשפט הקונטיננטלי התפתחה בד בבד עם התפתחותה במשפט המקובל, אך בכל שיטת משפט קיבלה חזקת החפות משמעות שונה.<sup>22</sup> במשפט המקובל חזקת החפות היא רק כלל ראייתי שקובע כי על התביעה מוטל נטל השכנוע, ואילו במשפט הקונטיננטלי הקביעה כי אדם הוא זכאי עד שלא תוכח אשמתו היא קביעה מהותית אשר מביאה לאיסור על כל ענישה שהיא לפני הרשעה.<sup>23</sup> בין השאר היא מביאה לאיסור על פרסומים שמהם משתמעת אשמתו של אדם לפני הרשעתו.<sup>24</sup> הצורך להגן על חזקת החפות של נאשמים מביא להגבלת פרסומים לציבור על האפשרות שפלוגי ביצע פשע, ולכן פרסומים שבהם נרמז שפלוגי עבר עברה, לרבות אמירות שלפיהן הוא חשוד בביצוע עברה,<sup>25</sup> מוגבלים על ידי הצורך להגן על חזקת החפות של פלוגי.<sup>26</sup>

כנגד שיקולים אלה התומכים בהרחבת איסור הסוביודיצה עומד עקרון חופש הביטוי.<sup>27</sup> חופש הביטוי הוא אחת מחירויות היסוד הבסיסיות והוא אשר מאפשר לאדם להגשים את

22 לסקירה היסטורית ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405, 408–413 (2003).

23 שם, בעמ' 433–435. במשפט הצרפתי התחוללה בעשורים האחרונים של המאה העשרים רפורמה שחזקה וביצרה את ראיית חזקת החפות כקביעה מהותית ובעלת השלכות חשובות. לתיאור הרפורמה במשפט הצרפתי ראו Francois Quintard-Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, 58 AM. J. COMP. L. 107, 136–141 (2010).

24 לתיאור ההבדלים בין הגישות בשיטות המשפט השונות ולקריאה לאמץ את הגישה הרחבה, ראו שם.

25 שם, בעמ' 138 והאסמכתאות המובאות בהערה 289.

26 ראו למשל את הוראת ה-C. PR. PÉN. prelim. art. שלפיה "III. Every person suspected or charged is presumed innocent until her guilt has been established. Infringements on her presumption of innocence are proscribed, compensated and punished in accordance with the law" (התרגום לקוח מתוך Quintard-Morenas, שם, בעמ' 139, הערה 292).

27 לחשיבות חופש הביטוי ראו עניין קופר, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות. להרחבה ראו את פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 751/10 פלוגי נ' דייץ-אורבך, פס' 61–66, 73–82 (פורסם בנבו, 8.2.2012). כן ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובועז שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 61–64, 200–204 (2005).

האני שלו.<sup>28</sup> יתר על כן, חופש הביטוי מאפשר לגלות את האמת העובדתית ולקדם את שוק הרעיונות.<sup>29</sup> חופש הביטוי הוא גם מכשיר עיקרי לשמירה על ההליך הדמוקרטי והוא מאפשר את האיזון בין היציבות לשינוי בחברה הדמוקרטית.<sup>30</sup> חופש הביטוי חל על כל ביטוי וביטוי.<sup>31</sup> עם זאת יש לזכור כי חופש הביטוי אינו עומד לבדו, וכנגדו יש לאזן ערכים אחרים.

באיזון בין הערכים השונים ברור כי אין לאסור פרסום כל דיווח עיתונאי על פרשה המצויה בהליך שיפוטי. עם זאת ברור גם כי יש פרסומים שהשפעתם הפוטנציאלית על המעורבים בהליך השיפוטי ועל תוצאות ההליך כה רבה, עד כי אין לאפשר לפרסם אותם. נראה כי האיזון תלוי בעיקר בסיכוי שלפרסום (או לשורת פרסומים) תהיה השפעה על תוצאות ההליך. כאשר הפרסום מתיימר להציג עדויות שטרם נשמעו בבית המשפט, להציג ראיות פסולות או לקבוע קטגורית את דינו של נאשם, נראה שעלולה להיות להם השפעה רבה עד כדי עיוות דין, וראוי לאסורם. בכל מקרה אחר, ראוי לאפשר את הפרסומים.<sup>32</sup> במשפט המשווה קיימים הבדלים ניכרים באשר לאיסור הסוביודיצה.<sup>33</sup> במשפט האמריקאי, לאור התיקון הראשון לחוקה אשר אוסר על הגבלת חופש הביטוי, מותר לעיתונות<sup>34</sup> לפרסם אמירות קשות על חשודים בפשעים ועל הליכי החקירה והמשפט שלהם אף שפרסומים אלה (מלבד הפגיעה בכבוד) עלולים לפגוע גם בהליך השיפוטי ובזכותו של הנאשם למשפט הוגן.<sup>35</sup>

28 בג"ץ 73/53, 83 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953); רות גביון זכורית אדם בישראל 116 (1994); ראם שגב חופש הביטוי נגד רשויות המדינה 85–91 (2001); גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 911–909, 895 (2001).

29 שם, בעמ' 897–901; (1919) 250 U.S. 616, 630. *Abrams v. U.S.*

30 ראו למשל פסח, לעיל ה"ש 28, בעמ' 901–908; ע"א פלוני נ' דיין-אורבך, לעיל ה"ש 27, פס' 62; ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968); גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 27, בעמ' 202.

31 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 857–859 (1989).

32 ראוי לשים לב כי בשונה משמות נאשמים למשל, פרסומים מן הסוג האמור (עדויות שלא נחשפו, ראיות פסולות וכו') אינם מתפרסמים לרוב ברשת האינטרנט בצורה רחבה, ולפיכך יש לצו איסור פרסום סיכוי טוב להיות בעל משמעות אמיתית.

33 לסקירה של שיטות משפט שונות ראו עניין קופר, לעיל ה"ש 1, פס' 4–8 לפסק דינו של השופט סולברג.

34 האיסור על הגבלת חופש הביטוי מתייחס כמובן גם לאנשים פרטיים ולא רק לתקשורת. עם זאת בתי המשפט עשויים במקרים מתאימים להוציא צו (gag order) שאוסר על אדם מסוים, שאינו צד להליכים, לדון בנושאים הקשורים להליכים אלה כדי למנוע סכנה של פגיעה בהליך השיפוטי (ולא כדי להגן על כבודם של מושאי הפרסום). לתיאור פרשה שבה הוצא צו כזה ולטענה כי צווים כאלה אינם חוקתיים או כי למצער יש לצמצמם בהרבה ראו Michael D. Seplov & Paul L. Hoffman, *Punishing Pundits: People v. Dyleski and the Gag Order as Prior Restraint in High-Profile Cases*, 39 LOY. L.A. L. REV. 1197 (2006).

35 לתיאור המצב המשפטי בארצות הברית ולביקורת עליו ראו Mark J. Geragos, *The Thirteenth* Juror: Media Coverage of Supersized Trials, 39 LOY. L.A. L. REV. 1167 (2006).

באנגליה, The contempt of Court Act, 1981 קובע כי מי שמפרסם פרסום תקשורתי נרחב על הליכי בית משפט תלויים אשר יש בו כדי להשפיע על הצדק, ייחשב למי שפרסם את הפרסום בכוונה להשפיע על מהלך בית המשפט ויהיה אחראי בפלילים על הפרסום כביזיון בית המשפט.<sup>36</sup> פרסום ייחשב לכזה שעשוי להשפיע על הצדק אם הוא: "creates a substantial risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced"<sup>37</sup>. סעיף 4 לחוק קובע כי בית המשפט רשאי לאסור על פרסומים על הליכי בית המשפט אם יש substantial risk לפגיעה בצדק.

בתחילה קבעו בתי המשפט רף נמוך שלפיו רק סיכונים מינימליים להשפעה חמורה על הליכי בית המשפט יוצאו מתחולת החוק,<sup>38</sup> ורק סיכונים תאורטיים או רחוקים לא יקימו אחריות.<sup>39</sup> אולם לאחר מכן נקבע כי יש לבדוק מהו הסיכוי שהפרסום יגיע לידיעת המושבע, מה תהיה השפעתו בזמן הפרסום, ומה תהיה השפעתו בזמן המשפט.<sup>40</sup> בפועל פסיקה זו הפכה את האפשרות להוצאת צווי מניעה למוגבלת ביותר והתביעה כמעט לא ביקשה צוים כאלה.<sup>41</sup> על מצב זה נמתחת ביקורת וה-Law Commission הוציאה מסמך ראשוני בנושא אשר ממליץ על חיזוק האפשרות להעמדה לדין בגין פרסום הליכים, אך מבלי לשנות את החוק.<sup>42</sup>

לעומת זאת בתי המשפט באנגליה מקלים מאוד באפשרות להוציא צווי איסור פרסום בכל הנוגע לתביעות לשון הרע. צווי איסור פרסום כאלה יכולים לכלול הן איסור לפרסם את הדיבה הן (מה שחשוב יותר לענייננו) איסור לפרסם את הליכי בית המשפט הנוגעים לתביעת הדיבה. לעתים צוים אלה כוללים גם איסור לפרסם את עצם קיומו של הצו האוסר.<sup>43</sup> כלומר, כאשר מדובר באפשרות פגיעה בשמו הטוב של אדם (שהיא אפשרות

מתייחס להשפעה החריפה של פרסומים תקשורתיים על זכותם למשפט הוגן של נאשמים בפרשיות שעומדות בעין התקשורת ומציע לאמץ בארצות הברית את דיני ביזיון בית המשפט הבריטיים, וכך יהיה ניתן להגיש תביעות נגד אמצעי תקשורת בשל פרסומים שפוגעים בזכויותיהם של נאשמים. להצעה קודמת ברוח דומה ראו Krause, לעיל ה"ש 15, בעמ' 574. ס' 1 לחוק קובע: "the strict liability rule" means the rule of law whereby conduct may be treated as a contempt of court as tending to interfere with the course of justice in particular legal proceedings regardless of intent to do so"

שם, בס' 2. 37

.Attorney General v. English, [1982] 1 A.C. 116, 141, 142 38

.Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd. (No.3), [1992] 1 W.L.R. 874, 881 39

.Attorney General v. Mirror Group Newspapers Ltd, [1997] 1 All E.R. 456 40

Ian Cram & Nick Taylor, *The Law Commission's Contempt Proposals – Getting the Balance Right?* 6 CRIM. L. REV. 465, 471 (2013) 41

Law Commission, *Contempt of Court: A Consultation Paper* (2012) Consultation Paper No.209 42  
המסמכים הסופיים שהוציאה הוועדה עד עתה אינם כוללים המלצות רלוונטיות לנושא שלנו.

תמר גדרון "מפת תירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל" המשפט טו 385, 410–414 (2010). 43

ראלית ביותר במקרה של פרסומים על נאשם בפלילים), האפשרות להוצאת צו איסור פרסום הופכת להיות משמעותית ביותר.

בצרפת, כאמור,<sup>44</sup> האפשרות לפרסם פרסומים על המתרחש בבתי משפט פליליים מוגבלת בחזקת החפות המהותית.<sup>45</sup> המשמעות היא כי על עיתונאים להימנע מלפרסם פרסומים שיש חשש שיציירו חשודים כמי שאכן ביצעו את המעשים המיוחסים להם כל זמן שהם לא הורשעו.<sup>46</sup>

גם בית המשפט האירופי לצדק הכיר בכמה מקרים בכך שפרסומים תקשורתיים, אם כאלה שנעשו בידי הרשויות ואם כאלה שנעשו עצמאית בידי העיתונות, שבהם צוירו חשודים כאשמים לפני שהורשעו, הם בגדר הפרת זכויותיהם של הנאשמים.<sup>47</sup>

טיעון שמועלה מדי פעם באשר לאפשרות ללמוד מהמשפט המשווה הוא שבישראל, שלא כמו במדינות אחרות, שפיטתם של נאשמים נעשית בידי שופטים מקצועיים ולא בידי מושבעים. הטענה היא כי שופטים מקצועיים, בניגוד למושבעים, יכולים לנתק את עצמם מהשפעותיהם של פרסומים תקשורתיים.<sup>48</sup> טיעון זה מעלים דרך שגרה משפטנים והוא מייחס לשופט את היכולת להתגבר על השפעותיהם של פרסומים בשל "השכלתו המשפטית, ו[...]דרך עבודתו השיפוטית".<sup>49</sup>

טיעון זה הוא בעייתי ומצריך הוכחה אמפירית, שכן המחקר על הדרך שבה הטיות פסיכולוגיות משפיעות על שופטים הראה כי הצלחתם בנטרול השפעות אלה חלקית ביותר.<sup>50</sup> יתר על כן, המחקרים על השפעת חשיפה לפרסומים על הדרך שבה אנשים זוכרים אירועים מוקדמים מראים כי השפעה זו קיימת בקבוצות אוכלוסייה רבות ומגוונות בעלות

44 ראו לעיל, טקסט ליד ה"ש 26.

45 C. Civ. Art. 9-1 אשר קובע: "Everyone has the right to the respect of the presumption of innocence. Where, before any sentence, a person is publicly shown as being guilty of facts under inquiries or preliminary investigation, the court, even by interim order and without prejudice to compensation for the injury suffered, may prescribe any measures, such as the insertion of a rectification or the publication of a communiqué, in order to put an end to the infringement of the presumption of innocence, at the expense of the individual or legal entity liable for that infringement" (התרגום לקוח מתוך Quintard-Morenas, לעיל ה"ש 23, בעמ' 140 הערה 313).

46 שם, בעמ' 140-141.

47 Allenet de Ribemont v. France, 308 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 38 (1995); Du Roy and Malaurie v. France, 2000-X Eur. Ct. H.R. 34.

48 סגל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 143-148 והאסמכתאות המובאות שם.

49 שם, בעמ' 146.

50 ראו למשל Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie & Jeffrey J. Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding*, 153 U. PA. L. REV. 1251 (2005); Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 CORNELL L. REV. 777 (2001); Jeffrey J. Rachlinski, L.H. Johnson, Andrew J. Wistrich & Chris Guthrie, *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?* 84 NOTRE DAME L. REV. 1195 (2009); גולדשמידט ושויל, לעיל ה"ש 15, בעמ' 86-89.

תחומי השכלה שונים וניסיון חיים מגוון. לפיכך הנטל להראות אמפירית כי שופטים אכן מצליחים לנטרל את ההשפעות הלא מודעות של חשיפה לתקשורת על החלטותיהם, וכי אין מדובר רק במשאלת לב של משפטנים לראות בדומים להם מורמים מעם וחסיני טעות, מוטל על הטוענים זאת. בהיעדר כל מידע אמפירי אשר מראה כי אכן קיימים בהקשר זה הבדלים של ממש בין שופטים לבין מושבעים, בעייתי ביותר להישען על טיעון זה.

### פרק ג: הערות האגב – על האיזון שבין טוהר ההליך השיפוטי לבין חופש הביטוי

אף שכל שופטי ההרכב קבעו שיש לקבל את ערעור שידורי קשת בשל הפגמים הדייוניים,<sup>51</sup> בחרו כולם להקדיש מקום נרחב לדיון על האפשרות להוציא צווי איסור פרסום, במקרים דומים בעתיד. בהערות אגב אלה התגלה הפער האידאולוגי שבין עמדות השופטים. מצד אחד ניצבת השופטת חיות. לדעתה, הוצאת צו מניעה נגד הפרסום היא בגדר מניעה מוקדמת וצנזורה אשר פוגעת בזכות החוקתית לחופש הביטוי ולפיכך היא צריכה לעמוד במגבלות החוקתיות לפגיעה חוקתית מסוג זה, דהיינו צו מניעה יינתן רק כאשר יש "וודאות קרובה לפגיעה ממשית בתקינות ההליך הפלילי".<sup>52</sup> אם אין מתקיימת המגבלה החוקתית של ודאות קרובה לפגיעה ממשית, אין לתת צו מניעה נגד הפרסום גם אם סביר כי הפרסום ישפיע השפעה ממשית על תוצאת ההליך הפלילי וגם אם קרוב לוודאי שישפיע השפעה כלשהי על תוצאתו. זאת, גם אם התנהגות המפרסם מקיימת את שאר הוראות סעיף 71 והפרסום עלול להיות עברה פלילית.<sup>53</sup> בעמדה זו יש שתי בעיות. ראשית, עמדה זו מבטלת בפועל את האפשרות להוציא צווי מניעה שימנעו פרסומים שעלולים לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי. קשה לראות כיצד ניתן להוכיח ודאות קרובה כי שופט או עד אכן יושפע השפעה ממשית מפרסום. השפעה של חשיפה למידע מוקדם על הדרך שבה מידע מאוחר מתקבל ומעובד היא תהליך סמוי מן העין אשר חל ברמה התת-הכרתית. אדם שנחשף לפרסום אשר שינה את זיכרונו מאירוע מסוים אינו מודע כלל לכך שבטרם חשיפתו לפרסום היה זיכרונו מן האירוע אחר. לפיכך לשופטים, לעדים ולבני אדם בכלל קל להתעלם מהשפעת הפרסום על זיכרונותיהם. התעלמות זו נוחה לאדם ה"זוכר"

51 ראו הדיון להלן בפרק ה.

52 עניין קופר, ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

53 השופטת חיות התייחסה לכך שבמקרה הספציפי היו פרסומים קודמים שהתייחסו לקופר, ולפיכך ספק אם תוספת ההשפעה של הפרסום בעובדה יהיה ממשי (פס' 3 לפסק דינה). דברים אלה מעלים בעיה הנוגעת למציאות ימינו שבה כמעט תמיד יהיה פרסום קודם כלשהו על הפרשה במרחב הווירטואלי, וספק עד כמה איסור פרסום המופנה לאמצעי התקשורת המסורתיים בלבד יהיה אפקטיבי. זוהי בעיה קשה, אך פתרונה חורג מתחומי רשימה זו ומצריך התייחסות כוללת, שתפתור את הבעיה ולא תתחמק ממנה. להצעה להתמודדות עם הבעיה באנגליה ראו The Law Commission: Contempt of Court (1): Juror Misconduct and Internet Publications (No.304, 2013) 7-61.

כיוון שהיא מתיישבת עם הדימוי העצמי שלו כאדם שזיכרונותיו משקפים את המציאות.<sup>54</sup> לפיכך לא סביר ששופטים, עדים או משתתפים אחרים בהליך השיפוטי יגידו שקרוב לוודאי שפרסום ישפיע על הדרך שבה ראיות מאוחרות יוצגו או יפורשו.<sup>55</sup> אם אכן השופטת חיות סוברת כי טוהר ההליך השיפוטי לעולם אינו מצדיק הוצאת צווי מניעה נגד פרסומים (בדומה למצב בדיני לשון הרע, שם קבעה השופטת ביניש (כתוארה אז) תנאים כה מצמצמים למתן צווי מניעה נגד פרסום, עד כי בפועל אי אפשר להוציא צווי מניעה נגד פרסומים),<sup>56</sup> היה ראוי כי תאמר זאת בפה מלא, תוך התמודדות עם השלכות קביעה כזו על ניהול הליכים פליליים ועם העובדה כי היא מבטלת בפועל חקיקה של הכנסת. אם היא סוברת כי יש מקרים שבהם יש מקום להוצאת צווי מניעה מסוג זה, עליה להתמודד עם כך שהמבחן שאותו היא מציעה אינו מאפשר זאת.

שנית, השופטת חיות נותנת עדיפות מוחלטת לחופש הביטוי של המפרסם מאחר שהצרת חופש הביטוי היא פגיעה בערך חוקתי מרכזי. אולם בכך מתעלמת השופטת חיות משתי זכויות חוקתיות חשובות שעומדות כנגד חופש הביטוי: זכותו החוקתית של נאשם למשפט הוגן וזכותו החוקתית של הנאשם לחירות.

54 ראו למשל ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 395 (פורסם בנבו, 10.11.2011), שם נאמר כי אין די בעובדה שלאחר חשיפה לפרסום תקשורתי השתנתה עדותו של עד כדי להוכיח כי אכן הפרסום השפיע על עדותו, וכי אם העד לא נשאל על ההשפעה, יש להניח שלא הושפע. עמדה זו דורשת מהעד להודות מעל דוכן העדים כי עדותו הושפעה מהתקשורת. אולם ספק רב אם מרבית העדים יהיו מוכנים להודות בהשפעה כזו שמשמעותה הודאה בעדות שקר. יתר על כן, היות שהשפעתה של חשיפה למידע היא תת-הכרתית, הרי שברוב המקרים העד לא יהיה מודע כלל להשפעת הפרסום על תוכן עדותו.

לפיכך משמעות הדרישות שהעלה בית המשפט כדי להוכיח שהתקשורת השפיעה על עדים היא סתימת הגולל על האפשרות לטעון טענה זו. בית המשפט בעניין קצב היה מודע לתוצאה זו, אך בחר להעמיד את התנאים על מכונם בכל זאת, שכן "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. אין זה מתקבל על הדעת כי בנסיבות אלה יש לקבל את טענת ההגנה מן הצדק ולבטל את האישום בשל כך, והרי מצב דברים זה פירושו החרגת אנשי ציבור מן הדין הפלילי ומפומביות הדיון, דווקא בהקשר של העבירות החמורות ביותר" (שם, פס' 393).

יש לציין כי בית המשפט הביע בעניין קצב ביטחון מלא ביכולתם של השופטים לנתק עצמם מהשפעתה של התקשורת ולפסוק את דינו של נאשם אך ורק לפי הראיות שמובאות לפנייהם כדין ("גם אם הובאו פרסומים במהלך המשפט עצמו, השופטים מקצועיים ומנוסים הם ויכולים להתעלם מהפרסומים השונים ולהתרכז בראיות ובעדים המובאים בפניהם והכרעתם תעשה לפיהם בלבד" (שם, פס' 395)). לאור הספרות הפסיכולוגית שהובאה לעיל בה"ש 13, 14, 18 ו-20, ספק גדול אם יש לביטחון זה של השופטים ביכולותיהם, על מה לסמוך.

55 אך ראו בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועמ"ש, פ"ד מג(4) 356 (1989).

56 עניין אטינגר, לעיל ה"ש 3.

הפסיקה<sup>57</sup> והספרות<sup>58</sup> הכירו בהיותה של זכותו של נאשם למשפט הוגן, לפחות כשמדובר בגרעין הקשה שלה, זכות חוקתית אשר נגזרת מהזכות לכבוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכות להליך הוגן אינה אינטרס של המדינה והציבור גרידא אלא זכות יסוד של הנאשם. משפט הוגן הוא זה אשר בו נקבעת חפותו או אשמתו של הנאשם על פי הראיות הכשרות המובאות בפני בית המשפט, תוך שמירה על הליך המאפשר לנאשם להתגונן מפני הראיות נגדו.<sup>59</sup> אם המשפט או תוצאתו מושפעים מכתבות עיתונאיות, אשמתו של הנאשם נקבעת על פי פרסומים עיתונאיים שבפניהם הוא אינו יכול להתגונן ולא על פי הראיות הכשרות שהובאו לפני בית המשפט, וממילא נפגעת הזכות החוקתית למשפט הוגן.

לפיכך ברור כי במקרה שלנו אין מדובר במצב שבו עומד חופש הביטוי לבדו אלא במצב שבו יש לאזן בין הפגיעה בין שתי זכויות חוקתיות שונות – חופש הביטוי והזכות למשפט הוגן. כדי לברר אם ראוי להעדיף פסיקה שמעדיפה להרחיב את הזכות האחת על פני חברתה, או להפך, יש לברר לעומק את היחס שבין שתי הזכויות בלי לתת עדיפות מוחלטת מראש לאחת הזכויות. בהקשר דומה אמר בית המשפט העליון: "מדובר אפוא בהתנגשות בין שתי זכויות אדם, ולפיכך אין לטעון כי יש להעדיף את הפתרון המידתי יותר לזכות לפרטיות או את הפתרון המידתי יותר לזכות למשפט הוגן בלי לדון תחילה באיזון הראוי בין שתי זכויות יסוד אלה".<sup>60</sup> משכך, גם אם ההיענות לבקשתו של קופר תפגע בחופש הביטוי של קשת ושל אילנה דיין, אין משמעות הדבר שאין להעדיף את זכויות הפרט של קופר כנאשם במשפט פלילי (שלהן השלכה גם על הערך החברתי של תקינות ההליך השיפוטי) על פני זכויות הפרט של אילנה דיין כעיתונאית (שלהן השלכה על האינטרס הציבורי בחופש הביטוי).

מלבד הזכות למשפט הוגן כשלעצמה, סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת", דהיינו זכותו של נאשם לחירות היא זכות חוקתית, בעלת משקל לא פחות מחופש הביטוי בעיני המחוקק, ואולי אף עולה עליו, בשל אזכורה המפורש של זכות זו בחוק היסוד.<sup>61</sup> שלא כדבריה של השופטת חיות, אין מדובר בפגיעה בחופש הביטוי לצורך הגנה על תקינות ההליך הפלילי גרידא. תקינות ההליך הפלילי מגנה על זכותו המוחשית של נאשם שלא להיות מושם במאסר אלא לאחר שבית משפט קבע, על סמך הראיות שהובאו

57 ראו למשל ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.8.2011);  
 58 ראו למשל אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (1993); דיוויד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס" קריית המשפט ד 169, 186 (2003);  
 59 ראו למשל בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, פס' 12 להחלטה (פורסם בנבו, 15.9.2005); ע"פ 10736/04 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 22–25 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.9.2006).  
 60 בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 377 (2005).  
 61 דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך, פס' ב, לו-מ לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.9.2014).

במשפט, כי הוא אשם מעבר לכל ספק סביר. אולם אם פרסומים תקשורתיים ישפיעו על בית המשפט או על העדים השפעה לא מודעת ויקלו על בית המשפט לקבוע כי הנאשם אשם, יוצא שהפרסומים פוגעים בזכותו החוקתית של הנאשם לא להיות מושם במאסר אלא לאחר שהורשע כדין. מאחר שכך, האיזון בין חופש הביטוי לבין הערכים אמור להיות אחר.<sup>62</sup> הנשיא גרוניס לא פירט את עמדתו בכל הקשור לאיזון שבין הערכים המתנגשים. עם זאת הוא קבע (תוך שהשופט סולברג מסתייג מאמירה זו<sup>63</sup>) כי ספק אם בית משפט אזרחי מוסמך להוציא צו למניעת עברה עתידית לבקשתו של הנפגע המיועד.<sup>64</sup> הערה זו קשה בעיניי. הלכה ידועה היא כי בית משפט אזרחי מוסמך להוציא צו עשה כדי למנוע ביצוע עוולה – צו quia timet (אמנם צו זה מוגבל בתנאים שונים, אך נראה שאלה מתקיימים בענייננו).<sup>65</sup> אם בית המשפט מוסמך להוציא צו כדי למנוע פגיעה עתידית באדם מחשש לביצוע עוולה אזרחית, מדוע לא יהיה בית המשפט מוסמך להוציא צו כדי למנוע פגיעה עתידית באדם מחשש לביצוע עברה פלילית?<sup>66</sup> הגיונו של צו quia timet הוא במתן אפשרות לאדם להגן על עצמו מראש בבית המשפט מפני פגיעה עתידית בו אשר תיגרם מהתנהגות שמנוגדת לדין,<sup>67</sup> והוא נועד לאפשר "הקדמת תרופה למכה".<sup>68</sup> היגיון זה מתקיים בין שהפגיעה תיגרם מביצוע עוולה ובין שתיגרם מביצוע עברה. יתר על כן, בכל מקרה שבו העברה הפלילית נועדה להגן על אינטרס של אדם מסוים, אם כחלק מקבוצה מסוימת או כחלק מהחברה, חשש לביצוע העברה הפלילית יקים כמעט מיד

62 ראו למשל עניין שפטל, לעיל ה"ש 55. השוו למשל לבג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשנת השניה, פ"ד נה(4) 267 (2001), שם נפסק כי אם פרסום מביא לפגיעה בחופש דת, משתנה היקפו של חופש הביטוי לעומת מקרה שבו אין עומד מול חופש הביטוי ערך אחר.

63 עניין קופר, לעיל ה"ש 1, פס' 8–9 לפסק דינו של השופט סולברג.

64 שם, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

65 כתביעה למתן צו quia timet על "התובע להוכיח נזק של ממש שקרוב לוודאי כי יקרה" (המ' 468/81 נוצר נ' אורביט מדיסנטרס בע"מ, פ"ד לה(4) 736 (1981)). כן ראו בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח(4) 237, 262 (1994). בענייננו שלנו, כמבואר לעיל, אם עדים יראו את עדויות התביעה האחרות (שהיו אמורות להיות משודרות בתכנית), הדבר ישפיע כמעט בהכרח על תפיסת המציאות שלהם ויעוות את עדויותיהם. ממילא כמעט ודאי שתהיה השפעה על העדויות שישמע בית המשפט. ייתכן שהתוצאה לא תהיה הרשעת שווא, אך היא בוודאי תהיה עיוות ההליך הפלילי (ואולי אף החמרה בעונש), שהוא נזק של ממש.

יתר על כן, גם אם במקרה זה אין מתקיימים התנאים הדרושים להוצאת צו quia timet, אין פירוש הדברים שלבית המשפט אין סמכות להוציא צו כזה, אלא רק שלמרות סמכותו העקרונית להוציא צו כזה, בנסיבות העניין אין קמים התנאים לכך.

66 ודוקו, בבקשה להוציא צו מניעה נגד המבצע הנטען של העברה אין משום פתיחת הליך פלילי נגד העברייני העתידי אלא רק ניסיון של הקרבן למנוע ביצוע עברה פלילית (שייתכן שלעולם לא תבוצע). ברומה לזה, בהוצאת צו מניעה לבקשת הקרבן העתידי נגד ביצוע עברה פלילית נגדו, גם אין קביעה כי העברייני המיועד אכן היה מורשע בדין לו היה מבצע את זממו, אלא רק משום ניסיון להגן על הקרבן המיועד מפני התנהגות עתידית שעלולה לסכן אותו.

67 עניין אבנרי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 851.

68 ע"א 407/54 בית משותף ג' נ' למפרט, פ"ד י 1104, 1107 (1956).

גם חשש לביצוע העוולה של הפרת חובה חקוקה.<sup>69</sup> בענייננו סעיף 71 לחוק בתי המשפט נועד בין השאר גם כדי להגן על זכותו של הנאשם למשפט הוגן ועל זכותו לחירות. לפיכך הפרת סעיף 71 מקימה לקופר גם את הזכות לתבוע תביעה נזיקית (אם יוכיח כי נגרם לו נזק) מכוח עוולת הפרת החובה החקוקה. עולה מכאן כי גם לדבריו של הנשיא גרוניס, לו היה קופר מציין בבקשתו כי היא נסמכת גם על חששו מפני ביצוע העוולה של הפרת חובה חקוקה, היה בית המשפט מוסמך להוציא צו מניעה שימנע את ההתנהגות. בנסיבות אלה שלילת סמכותו של בית המשפט להוציא צו מניעה רק משום שהנפגע לא ציין את הסתמכותו על שהנתבעים עומדים להפר את החוק הפלילי ובכך לבצע את עוולת הפרת החובה החקוקה, אלא הסתפק רק בציון חששו להפרת החוק הפלילי, היא בגדר פורמליזם דוקני.

השופט סולברג, כמו השופטת חיות, הביע גם הוא עמדה באשר לאיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין הזכות למשפט הוגן, אך האיזון שערך שונה מזה של השופטת חיות. לדעתו, שתי זכויות אלה – חופש הביטוי והזכות למשפט הוגן – הן שוות מעמד, ויש לערוך ביניהן איזון עדין. לפיכך כדי לשמור על הזכות למשפט הוגן יש לאפשר הוצאת צווי מניעה נגד פרסומים אשר פוגעים באפשרות לעשות משפט צדק.<sup>70</sup> השופט סולברג גם אמר כי הוא רואה קושי בעמדת המדינה אשר מצד אחד כמעט שאינה מעמידה לדין את מי שעובר על איסור הסוביודיצה, אך מנגד היא תומכת בבקשתו של קופר.<sup>71</sup> השופט סולברג מבהיר כי הגישה האמריקאית שלפיה אין לאסור פרסומים מראש, היא שיטה ייחודית שלא אומצה בשום שיטת משפט אחרת, וכי כל שאר שיטות המשפט יוצרות איזון אשר מאפשר במקרים מסוימים הוצאת צווי מניעה.<sup>72</sup>

הצגה רחבה זו אשר משקפת את התפיסות הרווחות בעולם תוך התנתקות מתפיסות חוקתיות אמריקאיות מאפשרת חתירה לאיזון ערכי אשר מחובר לחוקי היסוד של מדינת ישראל, לערכיה החוקתיים ולחברתה. ניתוח כזה, אשר מביא בחשבון את הקורה במגוון שיטות משפט, הוא חלק ממגמה ברוכה של חלק משופטי בית המשפט העליון אשר רואים צורך להדגיש כי אשר לאיזונים החוקתיים הנוגעים לחופש הביטוי אין מקום לאלץ את שיטת המשפט הישראלית להיות כבולה בניסוח החוקתי האמריקאי.<sup>73</sup> קבלת עמדה זו

69 ראו למשל ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169, 176–179 (1984).

70 עניין קופר, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

71 שם. לדיון בעמדת הפרקליטות לגופה, ראו להלן פרק ד.

72 עניין קופר, לעיל ה"ש 1, פס' 3–7 לפסק דינו.

73 השו"ב בין עמדתו של המשנה לנשיא ריבלין בעניין ההסתמכות על המשפט האמריקאי בע"א פלוני נ' דייין-אורבך, לעיל ה"ש 27, פס' 96 לפסק דינו, לבין עמדתם של השופט פוגלמן (שם, פס' 6, 19 לפסק דינו) והשופט עמית (שם, פס' 3–5 לפסק דינו). כן ראו אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית המשפט הישראלי אל המשפט האמריקאי בסוגיית חופש הביטוי" שקט, מדברים! 185, 187–189 (מסדרת משפט, חברה ותרבות, 2006); בועז שנור "אמת, שקר ומה שביניהם" דין ודברים ח 197 (2014).

תהווה מהפכה ברוכה בכל הקשור להגבלת הפגיעות הנגרמות מפרסומים תקשורתיים לא מרוסנים.

### פרק ד: עמדת הפרקליטות ומניעה מראש

הנשיא גרוניס ציין כי עמדת המדינה היא שלא להעמיד לדין בגין הפרת איסור הסוביודיצה אלא במקרים נדירים שבנדירים, ואף לא לבקש להוציא צווי מניעה מכוחו,<sup>74</sup> תוך שהם מוכנים להצטרף במקרים נדירים לבקשות להוצאת צווי מניעה שיגישו נאשמים. הנשיא גרוניס העיר כי עמדה זו תמוהה, כיוון שההלכה היא כי בעברות הנוגעות לחופש הביטוי עדיפה ענישה מאוחרת על פני מניעה מוקדמת.<sup>75</sup>

תמיהה זו היא רק חלק מתמיהה כללית יותר וקשה יותר. המחוקק בחר בחירה ערכית ומודעת לצמצם את עברת הסוביודיצה אך להשאיר אותה על כנה; בתי המשפט הביעו כמה פעמים בשנים האחרונות את כעסם על פרסומים שלדעתם הפרו את עברת הסוביודיצה במשפטים שונים ועל היעדר אכיפתה;<sup>76</sup> היועץ המשפטי לממשלה הנחה להגיש תביעות

74 למקרה שבו ביקשה המדינה הוצאת צו מניעה נגד פרסום עתידי מכוח הסמכות הטבועה של בתי המשפט להגן על תקינות ההליכים המתנהלים בפניהם וכן מכוח ס' 70 לחוק בתי המשפט, ראו ע"פ 6578/12 מדינת ישראל נ' רשת-נגה בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2012). במקרה זה ביקשה המדינה להוציא צו איסור פרסום נגד כתבות שעסקו בזהותו של עד מדינה בהליך פלילי. בית המשפט דחה את הבקשה.

75 עניין קופר, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינו.

76 ראו למשל ע"פ 9093/08 נאצר נ' מדינת ישראל, פס' 35 (פורסם בנבו, 7.12.2011) ("דומה כי בשנים האחרונות נפרצו הסייגים והגדרות לגבי איסור הסוביודיצה הקבוע בסעיף 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, והוא הפך לאסופה הנדרסת"); עניין קצב, לעיל ה"ש 54, פס' 392 ("אכן, העברת ההליך המשפטי אל המגרש התקשורתי אינה ראויה כלל ועיקר. הדבר עלול לגלוש לכדי פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ובדימויו. צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי בפרשה זו חצה העיסוק התקשורתי כל גבול. בהחלט יש להצר על כך"); בג"ץ 5699/07 פלונית א' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 64-65 לפסק הדין (2008) ("אין צורך להכביר מילים על אודות תפקידה החיוני של דעת הקהל בחברה דמוקרטית, כמו גם על תפקיד התקשורת, המספקת לה כמה ראשונה במעלה ותורמת להתגבשותה. דעת הקהל, ככל שהיא משקפת את אינטרס הציבור, היא פרמטר שעל תובע לשקול בהכרעותיו, ואף בית-המשפט עשוי להביאה בחשבון. ברם, מכך אין משתמע כי על הגבולות, שלא לחינם שורטטו בין שני התחומים, המשפט והתקשורת, לאבד מדמותם. אל לו לזה להסיג את גבולו של זה, אלא במידה המתחייבת מן המטרה המשותפת לשניים, ואין כוונתי לנתוני מדרוג ('רייטינג') כאלה ואחרים. דא עקא, במציאות של ימינו, עוד קודם שעזב מסמך משפטי את שולחנו של היועץ המשפטי לממשלה, נפרש הוא באותיות של קידוש לבנה מעל דפי העיתון היומי. פרטים מוכמנים מחדרי חקירות נמסרים במהדורות הערב. ראיות, שמקומן בתיקי חקירה, נחשפות בידי כתבים בשמם של "מקורות יודעי-דבר". עדי מפתח נשלחים אחר כבוד, לא בידי רשויות החקירה חלילה כי אם בידי עיתונאים, אל מכשיר הפוליוגרף למען יראו הכל אם דוברי אמת הם. בבוקרו של יום עשוי אדם לגלות כי הוא אשם ולעת ערב כי זכאי הוא – הכל תלוי בפרשן, בכתב ובעורך היומי. נגע זה, שפשה במקומותינו

בוהירות ובריסון בעברה זו, אך לא להימנע מהן.<sup>77</sup> אך למרות זאת בפועל אין מוגשים שום כתבי אישום בגין עברה זו.<sup>78</sup>

נראה שריסון זה של הפרקליטות אינו נובע מריסון של העיתונות שנמנעת מפרסום פרסומים אסורים, ולכן הוא מעורר תמיהה. הסבר אפשרי אחד הוא כי הפרקליטות שמה את עצמה כמחוקק ושופט-על, אשר עמדתו, שיקול דעתו וערכיו עומדים מעל אלה של המחוקק, של בתי המשפט ושל היועץ המשפטי לממשלה. אפשרות זו, אם אכן נכונה היא, היא פגיעה חמורה בשלטון החוק המהותי. משמעותה היא שהפרקליטות החליטה לאפשר פגיעה חמורה בזכויותיהם של הנאשמים שאותם היא מאשימה, מכוח האיזון הערכי שעליו היא החליטה באופן עצמאי.<sup>79</sup>

אפשרות שנייה, חמורה לא פחות, היא כי הפרקליטות מפחדת מעימותים עם התקשורת ומעדיפה שלא להגיש כתבי אישום נגד אישי תקשורת וגופי תקשורת, מרצון (מודע או לא מודע) לזכות בעיתונות אוהדת. על כך יש להוסיף כי בכמה מקרים שעליהם העירו בתי המשפט בעבר ניוונה התקשורת בפרסומיה דווקא מהדלפות של רשויות החקירה והתביעה עצמן.<sup>80</sup> על חומרתה של אפשרות זו אין צורך להרחיב.

אפשרות שלישית היא כי עומס העבודה המוטל על הפרקליטות מונע ממנה להגיש כתבי אישום בעברות בגין עברת הסוביודיצה, כיוון שעברות אלה נתפסות כעברות קלות יחסית. אם אפשרות זו היא הנכונה, הרי שבכך נתפסת לדעתי הפרקליטות לטעות. מתן אפשרות

בפרט באחרונה, לא פסח גם על הפרשה שבפנינו. אפשר כי מוקדם, מוקדם מדי, השלימו עמו הגורמים הממונים על אכיפת החוק, ואפשר כי הטיפול בו היה מעבר לכוחותיהם".

77 "הנחיות לתובעים בנושא העמדה לדין בעבירת ה'סוביודיצה'" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1102 (2005). יוער כי באתר משרד המשפטים לא ניתן למצוא יותר את ההנחיות האלה (אשר אליהן מתייחס בין השאר הנשיא גרוניס בפס' 16 לפסק דינו) והן אף אינן מופיעות בתור "הנחיות היסטוריות" שבוטלו (בניגוד להנחיה ההיסטורית "הנחיות לתובעים בנושא העמדה לדין בעבירת ה'סוביודיצה'", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 51.051 (13.3.1992) אשר התייחסה לנוסחו הקודם של סעיף 71 ואשר מופיעה באתר כהנחיה היסטורית שבוטלה או הוחלפה). לפיכך לא ברור מה מעמדה של הנחיה זו.

78 רע"א 1104/07 ח'יר נ' גיל, פס' ל-לב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.8.2009).

79 ודוקו, במקרים אחרים שבהם התקבלה החלטה ערכית לא להעמיד לדין בגין עברות מסוימות (כפי שקרה בעבר באשר להומוסקסואליות), הדבר נעשה בהחלטה של היועץ המשפטי לממשלה אשר פורסמה. בניגוד לכך, בענייננו, החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה היא לנהוג בוהירות ובריסון בהגשת כתבי אישום אך לאפשר זאת במקרים חמורים. פעולת הפרקליטות בפועל מנוגדת גם לעמדה זו.

יתר על כן, ראוי לשים לב לניגוד העניינים המובנה שבו מצויים היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות בכל הקשור להעמדה לדין בנושאי סוביודיצה. במקרים רבים הפרסומים התקשורתיים על משפטים פליליים פוגעים בנאשמים ובכך מסייעים לעבודת הפרקליטות (ובעקיפין ליועץ המשפטי לממשלה העומד בראשה). לפיכך החלטה של גופים אלה לא להעמיד לדין בעברה זו נגועה במראית עין של ניגוד עניינים. זאת, בניגוד להחלטה בעניין עברות כמו שימוש בסמים קלים או הומוסקסואליות.

80 ראו למשל בג"ץ 1736/10 ליברמן נ' מנהל המחלקה לחקירות שוטרים, פס' כג (פורסם בנבו, 2.10.2011); עניין קצב, לעיל ה"ש 54, פס' 392-396, 400-405.

לפרסם פרסומים על משפטים תלויים ועומדים שיש אפשרות שישפיעו על הכרעת הדין, לא רק שפוגע בצדק במקרה הספציפי שאליו התייחס הפרסום אלא גם באמון שהציבור נותן במערכת השפיטה כולה, אמון שנמצא בנסיגה בשנים האחרונות. לפיכך היה ראוי כי הפרקליטות תאזור את האומץ הנדרש ותשקיע את המשאבים היקרים הדרושים לשם מיגור התופעה שבה הדין באשמתו של נאשם מועבר מאולמות המשפט אל אמצעי התקשורת. אכן, חופש הביטוי הוא יסוד מרכזי בדמוקרטיה, אך גם זכותו של אדם להליך הוגן היא ערך שראוי להגן עליו.

### פרק ה: ההכרעה לגופה – פגמים דיוניים

עד עתה עסקנו בהערות האגב של בית המשפט. אולם בית המשפט העליון דחה את בקשתו של קופר בשל הפגמים הדיוניים הרבים שנפלו בה ולא מטעמים ערכיים-מהותיים. לאור האמור לעיל דחיית הבקשה מעמידה בסכנה זכויות כבודות משקל של קופר – הזכות לחירות והזכות למשפט הוגן. ספק אם דחייה זו, אף שהיא מוצדקת מבחינה פורמלית, ראויה. כפי שעולה מבדיקת כל אחד מהפגמים הדיוניים שנפלו בבקשתו של קופר לגופו (ומצירוף כל הפגמים יחדיו), לא היה בפגמים כדי לפגוע פגיעה מהותית ביכולתו של בית המשפט להכריע בבקשה לגופה, ולכן נראה שהבחירה להעדיף את הפגמים הפורמליים הושפעה מכך שבית המשפט לא ראה את החשיבות הערכית הטמונה בבקשה. כדי לבסס טיעון זה נבחן כל אחד מהפגמים לעומקו.

הפגם הפורמלי הראשון שהיה בבקשה שהגיש קופר הוא שהיא לא הייתה מלווה בתצהיר, ולטענת באי כוחו הדבר נובע מקוצר הזמן ומעובדת היותו במעצר. מבחינה פורמלית די בהיעדר התצהיר כדי להביא לדחיית הבקשה. יתר על כן, כשעורך דינו של קופר נשאל בנושא, הוא השיב כי "יש תצהיר, אין תצהיר... זה הכל שטויות..."<sup>81</sup> אמירה כזו אינה צודקת, אינה חכמה ואף גובלת בזלזול ובחוצפה, דבר אשר מחמיר את המחדל הכרוך בה.

אין ספק כי היעדר הגשת תצהיר יש בו כדי לפגוע ביכולתו של בית המשפט לקבוע את התשתית העובדתית של המקרה, כפי שכותב הנשיא גרוניס:

הסכנה הנובעת מהכרעה שלא על בסיס תצהירים ותשתית עובדתית מלאה הינה שבית המשפט יעשה שימוש ב"דיעתו הפרטית" אודות הצדדים או הטענות המועלות בפניו. כך, למשל, ישנה סכנה שבמקרה מעין המקרה דנא ישתמש בית המשפט בדיעתו הפרטית, בהנחה שזו קיימת, כדי להסיק

81 עניין קופר, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

מסקנות, למשל, לעניין השפעתה של התכנית על ההליך הפלילי או לעניין חשיבותו הציבורית של הנושא<sup>82</sup>

אולם דווקא החששות שמעלה הנשיא גרוניס ויסודות העברה שאת ביצועה ניסה קופר למנוע, הם המלמדים על חוסר התוחלת בהגשת תצהיר מצדו של קופר. לכן ייתכן שהיה מקום לנהוג במקרה זה לפנים משורת הדין ולדון בבקשה לצו של קבע לגופו של עניין. העובדות (להבדיל משאלות משפטיות וערכיות רבות שמשפיעות על הנכונות להוציא צו מניעה קבוע במקרה זה) היחידות שהיו רלוונטיות לצורך הוצאת צו קבוע הן העובדות הכלולות ביסודות העברה שבסעיף 71 הנ"ל. שני היסודות השנויים במחלוקת היו היסוד העובדתי של שאלת ההשפעה הצפויה על ההליך הפלילי<sup>83</sup> והיסוד הנפשי של כוונת אנשי התכנית להשפיע על ההליך ומודעותם לאפשרות השפעה כזו.

בכל הקשור ליסוד העובדתי הסעיף דורש כי יהיה בפרסום כדי להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו. כל עוד ההליך הפלילי טרם הסתיים, אין מי שיודע בפועל אם הפרסום אכן ישפיע על תוצאותיו העתידיות. השפעה זו טמונה בחיק העתיד ואינה בגדר ידיעתו של קופר. יתר על כן, גם בעתיד אולי השופט ידע אם הייתה השפעה כזו,<sup>84</sup> אך קופר כנראה לא ידע זאת. גם השפעתו של הפרסום על מהלך המשפט אינה בתחום ידיעתו של קופר, שכן קופר אינו יודע אם אחד העדים, התובע או אחד הגורמים האחרים הקשורים למשפט יושפע מהפרסום עד כי עדותו, דבריו או מעשיו ישתנו בעקבות הפרסום, במיוחד משום שהנתבעים סירבו לחשוף את תוכנה המדויק של התכנית בפניו והסתפקו בפירוט תוכנה הצפוי בעל פה,<sup>85</sup> ולכן הוא לא היה יכול לדעת אפילו את הרושם המדויק שהיא תיצור. לפיכך כל שקופר יכול לומר הוא כי הוא חושש שהפרסום ישפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו, אך גם בלי הצהרה כזו ברור לכל הצדדים המעורבים כי חשש כזה אכן קיים.<sup>86</sup>

בכל הקשור ליסוד הנפשי, הסעיף דורש כי המפרסם יצפה מראש כי יש אפשרות קרובה לוודאי שהפרסום ישפיע על ההליך או על תוצאותיו. ברור כי קופר אינו יכול להצהיר על היסוד הנפשי של אנשי התכנית, שכן אינו מכיר אותם ואינו יודע מה הם חושבים ומה הם

82 שם, פס' 12 לפסק דינו.

83 וראו דברי הנשיא גרוניס: "בהיעדר תצהירים או עדויות לא יכול היה בית המשפט להגיע למסקנות בדבר מידת ההשפעה של התכנית על ההליך הפלילי, ולכן לא היה בסיס למתן צו המניעה הקבוע" (שם, פס' 12 לפסק דינו).

84 לאור המחקר (ראו המחקרים לעיל בה"ש 13–15, 18 ו-20) שמראה כי השפעתם של פרסומים מאוחרים על הזיכרון ועל תפיסת המציאות קורית ברמה הלא מודעת, וכי אנשים אינם מודעים שהם הושפעו מפרסום מאוחר, סביר להניח שגם השופט עצמו לא יהיה מודע להשפעה זו, אם תתרחש.

85 עניין קופר, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

86 האמור בפסקה זו מעלה את השאלה כיצד התביעה יכולה להוכיח את התקיימות היסוד העובדתי של ס' 71 ("אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור"), אולם שאלה זו חורגת מגבולות הערה זו.

צופים. לכל היותר הוא יכול לומר את הדבר הברור מאליו – כי אנשי התכנית מודעים לכך שהוא חושב שהשידור ישפיע על ההליך הפלילי. אך מרגע שקופר הגיש את בקשתו, מודעות זו של אנשי התכנית ברורה מאליה.

גם בעניין חשיבותו הציבורית של הנושא לא היה תצהיר מטעם קופר יכול לסייע לבית המשפט, אם כי מטעם אחר. חשיבותו הציבורית של הנושא היא עניין נורמטיבי מובהק, שאותו קובע בית המשפט לפי ערכיו. בית המשפט פסק פעמים רבות כי "עניין ציבורי" הוא התועלת שחברה מפיקה מן הפרסום והוא נקבע על סמך איוון אינטרסים ערכי.<sup>87</sup> דהיינו, אין מדובר בעניין עובדתי כלל, ולכן לא ברור כיצד קופר יכול להצהיר עליו דבר וחצי דבר. לאור זאת נראה כי תצהירו של קופר, לו היה מוגש, לא היה מוסיף כל תשתית ראייתית בעלת חשיבות נוספת לבית המשפט ולא היה משפיע על תפיסתו של בית המשפט את עובדות המקרה. לפיכך לא ברור מדוע נתן בית המשפט משקל כה גדול למחדל זה, עד כדי דחיית הבקשה, במקום לאפשר לקופר לתקן אותה.<sup>88</sup>

גם המחדלים הדיוניים הנוספים – אי-הגשת התחייבות עצמית לפיצוי הנתבעים אם יינתן נגדם צו זמני ואי-הגשת תצהיר בתמיכה לבקשה לפטור מאגרה – אף שפורמלית די בכל אחד מהם כדי להביא לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט, היו מכשולים שהיה ניתן לדלג מעליהם בקלות לו בית המשפט היה רוצה בכך.<sup>89</sup> שהרי פגמים אלה היו חלק משתי

87 ראו למשל גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 27, בעמ' 287–291 והאסמכתאות הרבות המובאות שם.

88 והשוו למשל לרע"א 5485/99 פינטו נ' בנק לאומי, פ"ד נד(3) 337, 343 (2000), שם הוחזר התיק לערכאה דלמטה כדי שהמבקשים יוכלו להגיש תצהיר בשל הנוק שהיה עלול לצמוח להם (אבדן דירת מגורים לבנק הממשכן) מדחיית ההליך עקב אי-הגשת תצהיר.

89 תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 מקנות לבית המשפט שיקול דעת כיצד לנהוג במקרים אלה. כך תקנה 100(4) לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי "בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, לצוות על מחיקת כתב תביעה נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, על יסוד אחד הנימוקים האלה: [...] (4) שולמה אגרה בלתי מספקת והתובע לא שילם את האגרה הנדרשת תוך הזמן שנקבע לכך" (ההדגשה הוספה – ב"ש). לכך שמדובר בסמכות שבשיקול דעת ושאי-תשלום אגרה אינו פגם היורד לשורש העניין ראו למשל רע"א 3601/13 רשות שדות התעופה נ' שיף, פס' 6 (פורסם בנבו, 3.23.5.13). לשיקול שלפיו אם מחיקת התביעה תוביל לכך שהיא לא תוכל להתברר ראוי שלא למחקה, ראו למשל ע"א 1673/93 לירל בע"מ נ' המגן, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(2) 697, 703 (1994). בהקשר זה ראו גם רע"א 8317/07 בית הכנסת הגדול בירושלים נ' היכל שלמה, פס' 6 (פורסם בנבו, 25.12.2007). בעניינינו מחיקת התביעה הייתה מובילה לשידור התכנית, וממילא לא היה טעם בהגשת בקשתו של קופר פעם נוספת.

תקנה 364 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי "בית המשפט לא ייתן סעד זמני אלא בכפוף להמצאת התחייבות עצמית כאמור בתקנה 365(ב), וכן ערבות מספקת, להנחת דעתו, לשם פיצוי בגין כל נזק שייגרם למי שאליו מופנה הצו כתוצאה ממתן הצו, אם תיפסק התובענה או אם יפקע הצו מסיבה אחרת; בית המשפט רשאי לפטור מהמצאת ערבות, אם ראה שהדבר צודק וראוי, ומטעמים מיוחדים שייירשמו" (ההדגשה הוספה – ב"ש). לכך שגם בהיעדר טעמים מיוחדים אי-המצאת ערבות אינה צריכה בהכרח להוביל למחיקת הבקשה, ראו למשל את החלטתו של השופט (כתוארו אז) גרוניס ברע"א 9308/08 אלול נ' רביב, פס' 5 (פורסם בנבו, 21.4.2009), שם הוא אומר: "אין בכוונתנו לומר כי אם מחמת שגגה לא צורפה

בקשות שלא נדונו כלל או שנדחו בסופו של דבר – בית המשפט המחוזי לא דן כלל בבקשה לתת צו זמני כיוון שהצדדים הסכימו כי יפסוק ישירות בבקשה לצו קבוע. הוא אף לא נתן פטור מאגרה אלא חייב את המשיבים לשלם אותה כחלק מפסיקת הוצאות המשפט. אם ממילא לא התקבלו שתי הבקשות, נראה שהפגמים הדיוניים שכלולים בהן לא היו אמורים להשפיע על תוצאות ההליך העיקרי.<sup>90</sup>

בית המשפט הדגיש בענייננו כי דחיית הבקשה נובעת ממשקלם המצטבר של כל הפגמים יחד<sup>91</sup> ומא-תיקונם גם לאחר הגשת הערעור.<sup>92</sup> במצב שבו עורך דינו של צד חוטא בהתנהגות מזלזלת כלפי בית המשפט ובקשתו נגועה בפגמים דיוניים רבים, ייתכן כי מכלול הפגמים יקבל משקל משל עצמו, שיהיה גדול מסך המשקל שיש לתת לכל פגם דיוני בנפרד. עם זאת ספק אם התנהגותו הפגומה של עורך הדין אמורה להביא לכך שנאשם יועמד בסיכון להיות מורשע שלא על בסיס ראיות כשרות.

יתר על כן, מדינת ישראל הצטרפה לעמדתו של קופר בבקשה העיקרית וגרסה גם היא כי יש לתת את צו המניעה.<sup>93</sup> נראה כי בנסיבות שבהן נופלים פגמים דיוניים בבקשתו של מבקש אחד אך קיים גם מבקש נוסף שמצטרף לבקשה ואשר בבקשתו לא נפלו פגמים דומים, אין הפגמים שבבקשת המבקש האחד צריכים למנוע דיון בעמדתו של המבקש השני אשר לא חטא. לפיכך היה ראוי כי בית המשפט ידון בעמדתה המהותית של המדינה, שהיא עמדתו של קופר, גם אם בבקשתו של קופר נפלו פגמים שהצדיקו לדעת בית המשפט את דחיית בקשתו.

בעבר נאמר כי "כללי הפרוצדורה נועדו לשרת את ההליך השיפוטי שתכליתו היא לברר את הפלוגתאות בין הצדדים ולהכריע בהן".<sup>94</sup> אכן, ספק אם יש מקום שבית המשפט יכריע את תוצאתו של הליך על פי פגמים דיוניים, קשים ומקוממים ככל שיהיו, כל זמן שפגמים אלה לא השפיעו על היכולת לברר את המחלוקת שבין הצדדים. כך במיוחד במקרה שהפגמים ניתנים לתיקון. קל וחומר שכך הוא הדבר במקרים שמרבית הפגמים מתייחסים

התחייבות לבקשה לסעד זמני, אין הפגם ניתן לתיקון. בית המשפט רשאי לאפשר לבעל הדין להסיר את מחדלו, בהתאם לסמכויותיו לפי תקנה 526 לתקנות סדר הדין האזרחי. אולם, במקרה כזה על בית המשפט להתנות את הותרת הסעד הזמני בתוקף בהמצאת התחייבות עצמית תוך זמן קצר ביותר". בענייננו, מאחר שלא ניתן צו זמני כלל, לא היה מקום לדחות את התביעה העיקרית.

90 השוו למשל לרע"א 4927/08 הממונה על המחוז נ' אפרמיאן, פס' 30–38 לפסק הדין (פורסם בנוב, 16.6.2011), שם נקבע כי אף שההליך בבית המשפט המחוזי היה אמור להתנהל כהליך חדש ועצמאי, שבו ישולמו אגרות חדשות, הרי שמאחר שמבחינה מהותית התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי נכונה, יש להשאיר את פסיקתו על כנה בלא לתת ביטוי לפגם הדיוני (אף שמשמעותו של פגם זה היא אי-תשלום אגרות ללא הצדקה).

91 עניין קופר, לעיל ה"ש 1, המבוא לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא.

92 שם, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא; פס' 1 לפסק דינו של השופט סולברג.

93 שם, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

94 רע"א 2919/01 אושרוביץ נ' ליפה (פריד), פ"ד נה(5) 592, 596 (2001). ראו גם ע"א 672/88

לב נ' פקיד השומה חיפה, פ"ד מו(5) 410, 421 (1992).

בכלל לבקשות שנדחו לגופן וממילא לא התייחסו להליך שהגיע לערעור, ורק מיעוטן התייחס לבקשות שעומדות לדיון בבית המשפט. במקום למחוק את בקשתו של קופר מטעמים דיוניים הניתנים לתיקון שלא השפיעו כלל על ההליך העיקרי, היה ראוי לאפשר לקופר לתקן את הפגמים שנפלו בבקשתו (אולי תוך חיובו בהוצאות) ולדון בבקשה לגופה. פתרון זה עולה גם מנוסח תקנה 524 לתקסד"א, אשר קובעת כי "בית המשפט רשאי בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך, וליתן הוראות בדבר הוצאות או בעניינים אחרים ככל שייראה לו צורך, וחובה לעשות כל התיקונים הדרושים כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין [...]". ודוקו, התקנות קובעות כי חובה על בית המשפט לעשות את התיקונים הדרושים כדי לברר מה הן השאלות השנויות במחלוקת, ואילו כאן בית המשפט נמנע ממתן הוראה על תיקון כלשהו והסתפק במחיקת ההליך לפני דיון לגופו של עניין.<sup>95</sup>

מסקנה זו רק מתחזקת בנסיבות העניין הספציפי שבהן עומדים על כף המאזניים ערכים של טוהר ההליך השיפוטי וזכויות נאשמים מצד אחד, וחופש הביטוי מצד שני, תוך חשש כי מתן האפשרות לשידור התכנית ישפיע השפעה מהותית על משפטו של נאשם שעלול להיות מורשע ולהישלח למאסר עולם על סמך שידור טלוויזיוני.

אמנם בשנים האחרונות נשמעים בבית המשפט העליון קולות אשר קוראים לעליית הפורמליזם,<sup>96</sup> אך פורמליזם אינו זהה לעמידה דווקנית על כללי הפרוצדורה, כפי שערכים אינם שם נרדף לנכונות לדגל מעל קשיים פרוצדורליים כדי לעסוק במשפט המהותי. שומה על בית המשפט העליון, לצד שמירה והקפדה על כללי הפרוצדורה המחייבים, לאפשר לצדדים לברר את המחלוקת המהותית שביניהם כשדיני הפרוצדורה מסייעים בבירור זה ואינם מכשילים אותו.

### **פרק ו: מסקנות בדבר האיזון בין חופש הביטוי וזכותו של אדם למשפט הוגן והצעה לדין רצוי**

פסק דין קופר מלמד על הפער בין הרצוי למצוי בנושא הגנה על הליך משפטי וזכויות הנאשם מפני פרסומים פוגעניים. עקרונית, כלל הממסד המשפטי (בתי משפט, פרקליטות ונאשמים) אמור להיות בעל אינטרס בקיום הליך משפטי חופשי מהשפעות חיצוניות לא

95 אפשר לטעון כי החובה לתקן את הפגמים בהליך קמה רק מקום שבו בית המשפט מחליט להשתמש בסמכותו לפי הרישה של התקנה. לטעמי, טענה זו אינה פרשנות נכונה של התקנה. יתר על כן, גם אם זו הפרשנות הנכונה של התקנה, עדיין הרוח העולה מן התקנה היא של העדרת התיקון על פני המחיקה.

96 ראו למשל את הרצאתו של השופט נעם סולברג בכינוס פתיחת שנת המשפט באוניברסיטת חיפה ביום ב' במרחשוון תשע"ג (18 באוקטובר 2012). ההרצאה פורסמה בדין ודברים ח 13 (2014). בפתיחת הרצאתו אמר השופט סולברג: "במבט צופה פני עתיד אעמוד על מגמות במשפט הישראלי, שעיקרן בעליית הפורמליזם, במיקוד הערכים ובערך המוסף".

רלוונטיות, וכל השותפים להליך הפלילי אמורים לפעול לשם מימושו של סעיף הסוביודיצה. אולם בפועל, כפי שעולה מפסק הדין, הפרקליטות אינה מעמידה לדין בשל הפרת סעיף 71 ואף אינה מגישה בקשות למניעת פרסומים מכוחו, ורשויות המדינה אף מעבירות מידע לתקשורת תוך רמיסת הסעיף; גם בתי המשפט אינם ממהרים לתת צווי מניעה; וכידוע, סנגורים פליליים משתפים פעולה עם התקשורת לעתים מזומנות. התוצאה העצובה היא כי חריצת דינם של נאשמים בתקשורת עשויה להשפיע על גורלם בבתי המשפט תוך פגיעה בזכויותיהם, והליכי המשפט במדינת ישראל נותרו ללא מגן מפני השפעות תקשורתיות שעלולות לעוות את תוצאותיהם.

במצב זה היה ראוי שבתי המשפט יאפשרו לנאשמים, כמו גם למדינה, לנסות להגן על ההליך הפלילי ועל זכויות הנאשמים למשפט הוגן בדרך של הוצאת צווי מניעה נגד פרסומים שעלולים להשפיע על המעורבים בהליך הפלילי ועל תוצאותיו, והיה ראוי כי המדינה (כמו גם הסנגורים) תשתמש באפשרות זו שימוש של ממש. כך, ראוי לאסור על פרסומים אשר יש בהם חריצת דין קטגורית לטובת אחד הצדדים; על פרסומים שחושפים ראיות פסולות; על פרסומים שכוללים תוכן עדותם של עדים שטרם העידו, או שלא יעידו, וכדומה. פוטנציאל ההשפעה של פרסומים אחרים, כמו דיון כללי בפרשה מסוימת, קטן יותר, ולכן ראוי שלא לאסור אותם אלא לאפשר אותם מתוך הכרה בערכו המרכזי של חופש הביטוי. פסיקה ברוח זו, אשר דומה למצב בצרפת, באיחוד האירופי ולמצב שהציעה ה- law commission באנגליה,<sup>97</sup> תגשים את מילותיו, את רוחו ואת כוונתו של סעיף 71 האמור ותאפשר לבתי המשפט למנוע השפעות אסורות על הליכים פליליים.

כמו כן היה ראוי שהפרקליטות תשנה את מדיניות ההעמדה לדין שלה ותחל להעמיד לדין בגין פרסומים אשר מסכנים סיכון מהותי את האפשרות לקיים משפט הוגן לנאשמים, אם בדרך של חריצת דין, אם בדרך של גילוי עדויות ואם בפרסום ראיות שטרם הובאו לפני בית המשפט (אם הן אמורות להגיע לפניו אם לאו). ראוי גם כי הפרקליטות תגיש בקשות למתן צווי איסור פרסום במצב שבו מתעורר חשש אמתי שפרסום עתידי יפגע בזכותם של נאשמים למשפט הוגן.

97 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 36-47.