



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 409/13

לפני :  
כבוד הנשיא א' גרוניס  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט נ' סולברג

המערערים :  
1. שידורי קשת בע"מ  
2. אילנה דיין  
3. עמרי אסנהיים  
4. איל גונן

נ ג ד

המשיבים :  
1. שמעון קופר  
2. מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב  
מיום 14.1.2013 בתיק ה"פ 13-01-19664 שניתן על ידי  
כבוד השופט הבכיר ג' גינת

תאריך הישיבה : ט' בניסן התשע"ג (20.3.2013)

בשם המערערים : עו"ד טל ליבליך ; עו"ד ליאת ברגמן-רביד

בשם המשיב 1 : עו"ד אלי הלם ; עו"ד איתי הרמלין

בשם המשיבה 2 : עו"ד נעמי זמרת

### פסק-דין

הנשיא א' גרוניס:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט ג' גינת) מיום 14.1.2013. בפסק הדין ניתן צו מניעה אשר בגדרו נאסרה לשידור תכנית הטלוויזיה "עובדה", פרי עבודתם של המערערים, אשר נועדה לעלות לשידור ביום 14.1.2013 (להלן – התכנית). התכנית נאסרה לשידור ככל שעניינה מתייחס למשיב 1

(להלן – המשיב) ולהליך פלילי התלוי נגדו. את האיסור ביסס בית משפט קמא על כלל הסוב-יודיציה, המעוגן בסעיף 71(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט).

2. העובדות הבסיסיות הנוגעות לעניין אינן במחלוקת. ביום 25.3.2010 שודרה בטלוויזיה תכנית "עובדה" בה סופר, בין השאר, כי המשיב היה נשוי מספר פעמים וכי שתיים מנשותיו הלכו לעולמן בנסיבות תמוהות. בעת שידורה של התכנית בשנת 2010 היה תלוי ערר שהוגש על ידי בני משפחה של האישה שבסופו של דבר הואשם המשיב ברציחתה. מדובר בערר על ההחלטה לסגור את תיק החקירה. בעלי הדין לא חלקו אף על כך שניתן לראות ברשת האינטרנט את התכנית ששודרה בטלוויזיה בשנת 2010. בחודש נובמבר 2012 הוגש לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד כתב אישום נגד המשיב, בו נטען כי המשיב רצח את אשתו. בדיון שנערך בפנינו ביום 20.3.2013 נמסר כי המדינה הגישה בקשה לתיקונו של כתב האישום. בבקשה נטען כי המשיב רצח בעבר אף אישה אחרת שהוא היה נשוי לה.

3. ביום 10.1.2013, ארבעה ימים לפני המועד בו נקבע המועד לשידורה של התכנית, הגיש המשיב לבית המשפט המחוזי, על דרך של המרצת פתיחה, בקשה לצו מניעה קבוע שעניינו איסור שידור התכנית. בד בבד הגיש המשיב לבית המשפט המחוזי בקשה לצו מניעה זמני שיאסור על שידור התכנית. בבקשות עתר המשיב למתן צווי המניעה מתוקף סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט. עם הגשת הבקשות לצו הקבוע ולצו הזמני, הגיש המשיב בקשה לפטור מאגרה מטעמים כלכליים. המשיב לא הגיש תצהירים לתמיכה בבקשות (הבקשה בהליך העיקרי, הבקשה לצו מניעה זמני והבקשה לפטור מאגרה). זאת, בניגוד לאמור בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן – תקנות סדר הדין האזרחי או התקנות) ולתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007 (להלן – תקנות האגרות). באי-כוחו של המשיב נימקו את היעדר התצהירים לתמיכה בבקשות השונות בכך שהמשיב נמצא במעצר ושלא ניתן ליצור איתו קשר "רציף וחופשי", בפרט נוכח סד הזמנים הקצר. בנוסף, לבקשה לצו המניעה הזמני לא צירף המשיב התחייבות עצמית לפיצוי הצד שאליו מופנה הצו, וזאת בניגוד לתקנה 365(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

ביום 10.1.2013, היום בו הוגשו הבקשות, השיבו המערערים לבקשה לצו מניעה זמני. בתשובתם טענו המערערים כי יש לדחות את הבקשה לצו מניעה על הסף מטעמים דיוניים שונים, וכן טענו כי אף לגופם של דברים מוצדקת דחיית הבקשה לצו

מניעה. עוד טענו המערערים כי יש לדחות את בקשת המשיב לפטור מאגרה. אף המערערים לא תמכו את תשובתם בתצהיר, בניגוד לתקנות סדר הדין האזרחי.

4. נוכח סמיכות הזמנים בין מועד הגשת הבקשות למועד בו תוכנן שידור התכנית, זומנו הצדדים בפני בית משפט קמא במטרה לקיים קדם משפט בהליך העיקרי ולדון בבקשה לסעד זמני. הדיון התקיים ביום 14.1.2013, היום שיועד לשידור התכנית. במהלך הדיון, ובהסכמת הצדדים, הוחלט להכריע בהליך העיקרי, קרי בבקשה לצו מניעה קבוע. בדיון טענו באי-כוח הצדדים את טיעוניהם (יוער, כי המשיבה 2 לא הגישה תשובה בכתב לבקשה לצו המניעה הזמני, ואת טיעוניה העלתה בעל-פה בדיון). במהלך הדיון סירבו המערערים להציג את קלטת התכנית בפני המשיב ובפני בית המשפט. תחת זאת, פירט המערער 4 (עורך התכנית, אייל גונן) בפני בית המשפט מהו תוכנה הצפוי של התכנית, מי יהיו המרואיינים בתכנית, מה יהיה משכה ועוד. המערער 4 סיפר כי במסגרת שידור התכנית תובא אף הכתבה ששודרה בשנת 2010. יצוין, כי אין בפרוטוקול הדיון אינדיקציה לכך שהמערער 4 הוזהר לומר את האמת לפני שאמר את דבריו.

5. ביום 14.1.2013, יום הדיון בפני בית משפט קמא, ניתן פסק דינו. עיקר הדיון שערך בית משפט קמא נסב על סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט, ועל התנאים המנויים בו. סעיף 71(א) האמור קובע עבירה פלילית בגין פרסום ידיעות אודות הליך פלילי התלוי ועומד בבית משפט. זו לשון הסעיף:

”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 כמותה כמטרה להשפיע, והכל אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור.

[...]

(ד) העובר על הוראות סעיף זה, דינו - מאסר שנה אחת.”

”מניעת  
פגיעה  
בהליך  
פלילי

הנה כי כן, המחוקק קבע עבירה פלילית, וסנקציה בצידה. על מנת שתשתכלל עבירה 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 לוודאית כי תהיה השפעה על מהלך המשפט. התנאי השני הוא שבפרסום יש כדי להשפיע על ההליך השיפוטי.

בית משפט קמא קבע (בהסתמך על ע"פ 9093/08 נאצר נ' מדינת ישראל (7.12.2011), להלן-פרשת נאצר) כי נתונה לו סמכות לנקוט, מכוח הוראת סעיף 71(א), אף צעדים מניעתיים ולא רק צעדי ענישה בדיעבד. על כן, בחן האם מתקיימים התנאים שמונה הסעיף ביחס לתכנית אשר את שידורה ביקש המשיב למנוע. בתוך כך, קבע בית המשפט כי נוכח תוכנה הצפוי של התכנית, נוכח חשיבותה של התכנית "עובדה", ונוכח העובדה שהיא משודרת בערוץ מרכזי, ניתן לצפות כי האפשרות שהתכנית תשפיע על מהלך המשפט, ובכלל זאת על השופט הדין בהליך הפלילי או על העדים, היא קרובה לוודאית. לכן, קבע בית משפט קמא כי בנסיבות האמורות גובר האינטרס הציבורי של שמירה על טוהר ההליך השיפוטי על אינטרסים חשובים אחרים, כחופש הביטוי וחופש העיתונות. עוד ציין בית המשפט כי העובדה שהמעוררים לא הגישו תצהיר בתמיכה לעמדתם, וכן העובדה שסירבו להציג את התכנית במהלך הדיון, אינן מאפשרות לקבל את טענותיהם באשר למטרותיהם ולנזקים שייגרמו להם אם ייאסר פרסום התכנית.

על יסוד האמור קיבל בית המשפט את הבקשה לצו מניעה קבוע, ואסר על שידור התכנית, ככל שהיא מתייחסת למשיב ולהליך הפלילי נגדו. עם זאת, קבע בית המשפט כי בעל דין המעוניין בכך, רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לשינוי צו המניעה עם התקדמות ההליך הפלילי או עקב שינוי בנסיבות. עוד נקבע בפסק הדין כי המעוררים ישאו באגרת המשפט, אשר לא שולמה על ידי המשיב, וזאת על אף שלא ניתנה הכרעה פורמלית בבקשה לפטור מאגרה. בנוסף, קבע בית משפט קמא כי נוכח הפגמים הדיוניים הרבים בהגשת ההליך על ידי המשיב, לא ייפסק לטובתו שכר טרחת עורך-דין. יודגש, כי זו ההתייחסות היחידה בהכרעתו של בית משפט קמא לפגמים הדיוניים שנפלו בבקשות השונות של המשיב.

6. המעוררים מלינים בפנינו על פסק דינו של בית משפט קמא, הן במישור הדיוני הן במישור המהותי. במישור הדיוני, טוענים המעוררים כי נוכח העובדה שלא הוגשו תצהירים בתמיכה לבקשות שהגיש המשיב, וזאת על אף האמור בתקנות, היה על בית המשפט לדחות את הבקשות על הסף. טענה דומה מעלים המעוררים לעניין העובדה שהמשיב לא המציא התחייבות עצמית לבקשה לסעד זמני. אשר לפטור מאגרה, טוענים המעוררים כי לא ניתנה החלטה, ובוודאי לא החלטה מנומקת, בבקשה לפטור מאגרה, על אף ההתנגדות של המעוררים ושל המשיב 2 לבקשת הפטור. אי לכך, העובדה

שלא שולמה אגרה על ידי המשיב הופכת את פסק דינו של בית משפט קמא לבטל מעיקרו. בנוסף, העלו המערערים טענת שיהוי, משום שלשיטתם ידע המשיב על הכוונה לשדר את התכנית כשבוע ימים לפני שהוגשה הבקשה. המערערים סבורים כי הליקויים הדיוניים הנזכרים מעידים על חוסר ניקיון כפיים של המשיב. במישור המהותי, מעלים המערערים טענות שונות. תחילה טוענים המערערים כי שגה בית המשפט בקביעתו כי פרשת נאצר מקנה לבית המשפט סמכות להעניק צווי מניעה בהליך אזרחי על מנת למנוע ביצוע של עבירת הסוב-יודיצה. עוד טוענים המערערים כי בית המשפט טעה בקובעו שהתכנית עלולה להפר את כלל הסוב-יודיצה. בתוך כך, מלינים המערערים בין השאר על הקביעה כי אי-הסכמתם להציג את התכנית במהלך הדיון מחזקת את המסקנה כי התכנית צפויה להשפיע על ההליך המשפטי. לשיטתם, עומדת להם הזכות שלא להציג את התכנית בפני הצדדים ובית המשפט, והם מוכנים לשאת בסיכונים הכרוכים בכך (למשל, שיימצא בעתיד, ולאחר מעשה, כי התכנית הפרה את כלל הסוב-יודיצה). טענה נוספת שהעלו המערערים נגד פסק הדין היא שעל אף קיומם של פרסומים רבים בתקשורת בעניינו של המשיב, צו מניעה התבקש וניתן אך ורק נגד המערערים. לשיטת המערערים, הסיבה לכך היא שבהגינותם ביקשו את תגובת המשיב לתכנית מבעוד מועד, וכך נודעה כוונתם לשדר את התכנית.

7. המשיב סומך ידו על פסק דינו של בית משפט קמא. בתוך כך, מדגיש המשיב כי באיזון בין הערכים המתנגשים במקרה הנדון, יש להעדיף את חזקת החפות ואת טוהר ההליך השיפוטי, בין השאר משום שבנסיבות המקרה אין אינטרס ציבורי משמעותי בפרסום. זאת, בניגוד לחלקה הראשון של התכנית, אשר שודר ב-2010, ובה נתנו המערערים ביטוי לעמדה שונה מזו שנקטה המדינה (שהרי באותה עת עמדה בעינה החלטת המדינה על סגירת תיק החקירה נגד המשיב). עוד טוען המשיב כי התכנית שביקשו המערערים לשדר היא בעלת פוטנציאל משמעותי להשפיע על תוצאת המשפט הפלילי, הן בשל השלב המוקדם בו מצוי ההליך הפלילי, הן בשל תוכן התכנית (ובתוך כך ראיונות עם עדי תביעה), הן מבחינת פלטפורמת הפרסום והפופולריות של התכנית "עובדה". אשר לטענת המערערים, לפיה פרסומים אודות המשיב פורסמו בכלי תקשורת אחרים, סבור המשיב כי אף כלי תקשורת אחרים מפרים את כלל הסוב-יודיצה, אולם תכניתם של המערערים, שמתיימרת להציג נרטיב שלם של האירועים, היא בעלת השפעה רבה יותר. זאת, משום שהיא משודרת בשעות של צפיית שיא, ומשום שהמערערים זכו להערכה כאשר לאחר שידור התכנית בשנת 2010, נפתח מחדש התיק נגד המשיב והוגש נגדו כתב אישום.

8. המשיבה 2, מדינת ישראל, סבורה אף היא, כמו המשיב, כי במקרה הנדון צדק בית משפט קמא כשמנע את שידור התכנית. מרבית טעמיה של המשיבה 2 לעמדתה דומים לאלו שהובאו בעמדתו של המשיב, ולכן לא נפרטם. המשיבה 2 מציינת בעמדתה כי היא נוהגת באיפוק וריסון רב בהגשת כתבי אישום בגין הפרת כלל הסוב-יודיצה, אך לשיטתה שונה אכיפה פלילית בדיעבד מהצטרפות לעמדתו של נאשם הסבור שהפרסום פוגע בו ומבקש צו מניעה. אשר לפגמים הדיוניים, לא הביעה המדינה עמדה בפנינו. עם זאת, יוער כי בפני בית משפט קמא ציינה המשיבה 2 כי היא מתנגדת לבקשה לפטור מאגרה.

#### דיון והכרעה

9. העניין שבפנינו מעורר שאלות הנוגעות למשקל שייחס בית משפט קמא לפגמים הדיוניים בבקשותיו של המשיב, ושאלות הנוגעות לקביעותיו של בית משפט קמא באשר לצו המניעה ולכלל הסוב-יודיצה. נפתח במישור הדיוני. כפי שיפורט בהמשך, אנו סבורים כי הליקויים הדיוניים הקשים שנפלו בבקשות שהגיש המשיב מצדיקים את התערבותנו בפסק דינו של בית משפט קמא, ומשכך איננו נדרשים לדון בפירוט בתנאי סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט, וכן בסמכות בית המשפט והתנאים להוצאת צו מניעה בהתבסס עליו.

10. תקנה 241(א) לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי לבקשה בכתב יצורף תצהיר לשם אימות העובדות המשמשות יסוד לבקשה. התקנה חלה בהליכים של המרצת פתיחה, דוגמת הבקשה לצו מניעה קבוע שהגיש המשיב (ראו תקנה 255 לתקנות). היא חלה אף בבקשות לסעד זמני, דוגמת הבקשה לצו מניעה זמני שהגיש המשיב (ראו תקנות 365(א) ו-365(ג)). זאת ועוד, התקנות קובעות כי בקשה לצו מניעה זמני תוגש בצירוף התחייבות של המבקש לפיצוי מי שאליו מופנה הצו, בגין כל נזק שייגרם לו על ידי הצו הזמני (תקנה 365(ב) לתקנות). בנוסף, תקנה 14(א) לתקנות האגרות, קובעת כי לבקשה לפטור מאגרת משפט על המבקש לצרף תצהיר ובו, בין היתר, פירוט רכושו ומקורות הכנסתו.

בענייננו אין חולק כי המשיב לא צירף לבקשותיו לצו המניעה, הזמני והקבוע, תצהיר לתמיכה בעובדות. תצהיר לא צורף אף לבקשה לפטור מאגרה. יתרה מכך, לבקשה לצו מניעה זמני לא צורפה התחייבות עצמית לפיצוי מי שאליו מופנה הצו. אף על פי כן, קבע בית משפט קמא דיון בבקשה לצו מניעה זמני. בית משפט קמא, כזכור,

ביטא את מורת רוחו מהליקויים הדיוניים הללו בכך שלא פסק לזכות המשיב שכר טרחת עורך דין, אולם הסתפק בכך.

11. סבורני כי הפגמים הדיוניים החמורים שנפלו בבקשותיו של המשיב מצדיקים התייחסות שונה מזו שמצאה ביטוי בפסק דינו של בית משפט קמא. אשר לאי-תשלום אגרה, קובעת תקנה 2(ג) לתקנות האגרות כי "לא ייזקק בית משפט לכל הליך, אלא אם כן שולמה האגרה החלה או שמביא ההליך פטור מתשלום האגרה". כבר נפסק כי בהיעדר תשתית עובדתית מספקת לא יוכל בית המשפט להכריע בבקשה לפטור מאגרה (למשל, בר"ם 9439/11 רוטנשטרייך נ' עיריית תל-אביב-יפו (2.1.2012)). עוד נקבע בפסיקה כי על בית המשפט לבחון טענות של בעל דין המלין על אי-תשלום אגרה, ואין לדחותן על הסף (רע"א 1944/96 שפירא נ' כהן, פ"ד נ (1) 253 (1996)). להשלמת התמונה יוער כי אי-תשלום אגרה מספקת מהווה עילה למחיקת תובענה על הסף, לפי תקנה 100(4) לתקנות סדר הדין האזרחי. בענייננו, הן המערערים הן המשיבה 2 התנגדו למתן פטור מאגרה (ויוער, כי המשיבה 2, מדינת ישראל, היא בעל דין שלעמדתו יש ליתן משקל נכבד בשאלת האגרה, שכן לקופתה משתלמת האגרה; ראו למשל, ע"א 10537/03 מדינת ישראל נ' יש-גד תעשיות לתשתית (1993) בע"מ, פ"ד נט (1) 642 (2005); רע"א 9075/05 עזבון המנוחה לילי לוינ ז"ל נ' עיריית הרצליה, פ"ד ס (4) 535 (2006)). אף על פי כן, ניתן פסק דין סופי לטובת המשיב, וזאת מבלי ששולמה אגרה מראש או בדיעבד, ומבלי שניתנה הכרעה בבקשת הפטור מתשלום אגרה. כזכור, בפסק הדין חויבו המערערים לשאת בתשלום האגרה.

12. אשר לאי צירוף התצהירים: הטעם לצירוף התצהיר אינו טכני בלבד, אלא הוא בעל משמעות ראייתית חשובה. חשיבותו של התצהיר בכך שהוא-הוא יוצר את התשתית העובדתית עליה נשענות בקשות בכתב בהליכים אזרחיים (השוו, ע"א 728/79 קירור אגודה שיתופית חקלאית מרכזית למשקי עמק חפר והשומרון בע"מ נ' זייד, פ"ד לד (4) 126, 130 (1980); רע"א 394/90 רנדלר נ' ציון, פ"ד מד (1) 702 (1990)). בלא תצהירים לתמיכה בבקשה, אין בידי בית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים ולהכריע בתיק. כך, בענייננו, 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. הסכנה הנובעת מהכרעה שלא על בסיס תצהירים ותשתית עובדתית מלאה הינה שבית המשפט יעשה שימוש ב"ידיעתו הפרטית" אודות הצדדים או הטענות המועלות בפניו. כך, למשל, ישנה סכנה שבמקרה מעין המקרה דנא ישתמש בית המשפט בידיעתו הפרטית, בהנחה שזו קיימת, כדי להסיק מסקנות, למשל, לעניין השפעתה של התכנית על ההליך הפלילי או לעניין חשיבותו הציבורית של הנושא (והרי

ברי, שבמקרה הנדון אין המדובר ב"ידיעה שיפוטית" שבה רשאי בית המשפט לעשות שימוש; ראו, רע"א 9728/04 עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ, פסקה 8 (7.2.2005); אליהו הרנון "הפעלת הידיעה השיפוטית – אימתי וכיצד" עיוני משפט ד 5, 10-11 (1976); יעקב מלץ "ידיעה שיפוטית" המשפט ב 223, 230 (1995)). באופן פרדוכסלי, ייתכן שבמקרה דנא נעשה שימוש ב"ידיעה פרטית" שמקורה באמצעי התקשורת, ואולי אף באמצעי התקשורת אשר בהם פורסמו ידיעות אודות המשיב וההליך הפלילי בעניינו. הרי יש לזכור, כי פרט לנתונים בסיסיים שלא הייתה לגביהם מחלוקת, לא הונחה כל תשתית עובדתית בפני בית המשפט.

אין להתעלם מכך שגם המערערים לא תמכו את תשובתם בתצהיר, וזאת על אף האמור בתקנה 241(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי. עם זאת, המערערים אינם אלו שפתחו בהליך, ועל כן המחדל רובץ בעיקרו לפתחו של המשיב, אשר נטל ההוכחה היה מוטל עליו. בית משפט קמא סבר כי היעדר תצהיר מטעם המערערים שולל מהם את האפשרות להוכיח את הנזקים שייגרמו להם אם ייאסר שידור הכתבה, ואת האפשרות לסתור את המסקנה לגבי מידת השפעתה של התכנית על ההליך הפלילי. נוכח דברים אלו, מעצמן עולות שאלות כגון, כיצד אפוא השתכנע בית משפט קמא דווקא בגרסתו של המשיב משלא צורף כל תצהיר לבקשותיו? שאלה זו ודומות לה נותרו ללא מענה בפסק דינו של בית משפט קמא. ואם ישאל השואל מה מקור העובדות הבסיסיות שהבאנו בפסקה 2 לעיל, נאמר לו כי מדובר בעובדות שלגביהן לא הייתה כל מחלוקת, לא בפני בית המשפט המחוזי ולא בפנינו.

13. אשר להתחייבות העצמית בבקשה למתן סעד זמני, קובעת תקנה 364(א) רישה במפורש כי ללא התחייבות כאמור לא ייתן בית המשפט סעד זמני. זו גם גישת הפסיקה (ראו למשל, רע"א 9308/08 אלול נ' רביב (21.4.09)). הטעם לכך הוא שההתחייבות עצמית היא בגדר "מחיר" שאותו על מבקש הסעד הזמני "לשלם" בתמורה לכך שניתן לו סעד בטרם הוכיח באופן סופי את זכותו (ראו, רע"א 3032/08 דייך נ' עו"ד אבנר כהן בתפקידו כמפרק זמני, פסקה 13 (2.9.2009)). עוד יצוין בהקשר זה כי לפי תקנה 364(א) על המבקש סעד זמני להמציא, בנוסף להתחייבות העצמית, גם ערבות מספקת. בית המשפט רשאי לפטור את מבקש הסעד הזמני מהפקדת ערבות מטעמים מיוחדים שיירשמו. במקרה הנדון לא הופקדה ערבות כלל. אולם, מהחומר שלפנינו עולה כי בית המשפט לא נתן החלטה הפוטרת את המשיב מהפקדת ערבות כאמור, וממילא לא נתן החלטה מנומקת כפי שדורשות התקנות. אומנם, משהכריע בית משפט קמא בהליך העיקרי, התייתרה הבקשה לסעד זמני ולכן היעדרן של התחייבות עצמית וערבות



התברר, בדיעבד, כחסר נפקות. עם זאת, ליקויים אלה מצטרפים במקרה דנא לשאר הליקויים הדייוניים, ולכן קשה להתעלם מהם.

14. פרקליטיו של המשיב נימקו את שורת הפגמים האמורה בכך שהמשיב נמצא במעצר ואין עימו קשר רציף. נימוק זה קשה לקבל. אחת הסיבות לכך היא הצהרתו של בא-כוח המשיב בפני בית משפט קמא, לפיה: "אם [בית המשפט המחוזי] ידחה את בקשתנו בגלל שלא ניתן תצהיר, אני אגיש בקשת רשות ערעור ל[בית המשפט] העליון ואבקש לצרף ראייה בדמות תצהיר של ה[משיב]". קרי, אף בא-כוח המשיב עצמו הצהיר כי אם הדבר יידרש, יוכל הוא להמציא תצהיר. אף על פי כן, לא פעל המשיב להמציא תצהיר טרם הגשת הבקשות או לאחריהן. יוער, כי עוד ציין בא-כוח המשיב באותה הזדמנות כי "אין תצהיר, יש תצהיר [...]. זה הכל שטויות. מה שחשוב זה השידור".

לסיכום נקודה זו, אנו סבורים כי שורת הפגמים הדייוניים שנפלו בבקשותיו של המשיב אינן בגדר "שטויות", כפי שסבר בא-כוחו. 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. אכן, אף אם מדובר בנושא בעל חשיבות ציבורית מסוימת, או נושא שכלי התקשורת השונים עסקו בו, אין מבקש הסעד זכאי לפטור מעמידה בכללים דייוניים בסיסיים.

15. זאת ועוד, בבואנו להכריע בערעור שבפנינו, איננו יכולים להתעלם מכך שמן החומר שבפנינו עולה כי בכלי תקשורת שונים הופיעו פרסומים בעניין ההליך הפלילי המתנהל נגד המשיב. בתוך כך, למשל, שודר בחדשות ערוץ 2 ראיון מפורט עם אחת המרואיינות העיקריות אשר מופיעה בתכניתם של המערערים (כך עולה מחומר שהוגש לבית משפט קמא על ידי המערערים, בלא התנגדות של המשיב). פרסומים אלו, כך אנו סבורים, מקהים במידה רבה את הפגיעה, אשר לפי הטענה גורמת תכניתם של המערערים למשיב (ראו והשוו, בש"פ 2484/05 פרי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (18.7.2005); בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת התשע עשרה, פסקה 29 (15.1.2013)). זאת ניתן לומר אף מבלי לצפות בתכנית עצמה. מכל מקום, כפי שצוין לעיל, אין מקום להכריע בשאלות העובדתיות לגבי מידת הפגיעה במשיב משלא צורפו תצהירים או עדויות לתמיכה בטענות אלה.

כמו כן, המערערים נתנו למשיב "הודעה מוקדמת" על השידור הצפוי, על דרך פנייה לבאי-כוחו של המשיב ומתן אפשרות להגיב על האמור בכתבה. יש יסוד להניח

כי עובדה זו הובילה לנקיטת ההליך נגד המערערים (בניגוד לכלי התקשורת האחרים שפרסמו דברים ביחס למשיב מבלי לבקש את תגובתו). במתן האפשרות להגיב לאמור בכתבה, מילאו המערערים את חובתם העיתונאית. הותרת צו המניעה על כנו בנסיבות אלה עלולה ליצור מצב שבו "חוטא יוצא נשכר". דווקא גוף שמילא את חובתו העיתונאית לעניין בקשת תגובה מראש חשוף לצווי מניעה, בעוד גופים אחרים, שכנראה לא ביקשו תגובה מהמשיב, צפויים, אם בכלל, אך ורק לסנקציה בדיעבד. אין בכך כדי לומר שגוף תקשורת אשר ממלא את חובותיו העיתונאיות יהיה חסין מפני צווי מניעה, אולם כאשר גופים אחרים מפרסמים פרטים אודות ההליך ולא ננקט כלפיהם הליך פלילי או אזרחי, קשה לקבל שדווקא המערערים הם הגורם שעליו ייאסר הפרסום.

16. על יסוד כל האמור לעיל, הנני בדעה כי דין הערעור להתקבל. עם זאת, ראיתי לנכון להעיר שתי הערות לעניין מניעת פרסום מראש בהתבסס על כלל הסוב-יודיציה. ההערה הראשונה עניינה ביחס שבין ענישה בדיעבד, דוגמת האיסור הפלילי שקובע סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט, לבין מניעה מראש, דוגמת צו מניעה שיפוטי מעין זה שהוצא בבית משפט קמא.

בכל הנוגע לחופש הביטוי מקובלת הבחנה בין מניעה מראש של ביטוי, לבין הטלת סנקציה בדיעבד, על דרך של עבירה פלילית או הטלת חבות אזרחית. הבחנה זו, אף שאינה חפה מקשיים עיוניים, מקובלת בשיטות משפט רבות (ראו ראם שגב חופש הביטוי: הצדקות וסייגים 292-305 (2008)), כולל בשיטת המשפט הישראלית, עוד מימיה הראשונים (ראו למשל, בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 885 (1953)). התפיסה הרווחת היא כי אמצעי "מניעתי" נושא בחובו פגיעה קשה יותר בחופש הביטוי מאשר ענישה בדיעבד (ראו למשל, בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 297-298 (1987); בג"ץ 806/88 Universal City Studios inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג (2) 22, 35 (1989); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840 (1989)).

יישום תוכנות אלה על ענייננו ילמד שגם במקרים אשר לגביהם עולה טענה כי הם מפרים את כלל הסוב-יודיציה, תינתן עדיפות להעמדה לדין פלילי על פני מניעה מראש על דרך של צו מניעה או צנזורה. מובן, כי המפרסם נושא בסיכון שהיועץ המשפטי לממשלה יחליט להעמידו לדין בגין הפרת כלל הסוב-יודיציה, וכי בית המשפט ירשיע אותו (לניתוח מפורט וביקורתי של כלל הסוב-יודיציה, ובתוך כך להשוואה לאיסורים בשיטות משפט אחרות, ראו ראם שגב "סוב-יודיציה": הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים (2001)). מבלי לקבוע

מסמרות בדבר, סבורני כי עובדה זו מחייבת שימוש מצומצם יחסית בצווי מניעה לשם מניעה מראש של פרסומים הנוגעים להליך פלילי תלוי ועומד.

יוער, כי מן החומר שלפנינו עולה תמונת מצב אנומלית. המשיכה 2, מדינת ישראל, תומכת במתן צו מניעה נגד המערערים. עם זאת, אף היא עצמה מצהירה כי היא כמעט אינה אוכפת את כלל הסוב-יודיצה בכלים הפליליים הנתונים לה בחוק. הדבר נכון אף ביחס לפרסומים אשר נוגעים להליך הפלילי המתנהל בעניינו של המשיב. התמיכה מצד המדינה במניעה מראש, כשזו מתבקשת על ידי אדם פרטי, לצד הבחירה שלא ללכת ב"דרך המלך", של אכיפה פלילית, מעוררת תהייה. אומנם, יש לנקוט ריסון בהפעלת הסמכות להעמיד לדין על פי כלל הסוב-יודיצה, נוכח חשיבותו הרבה של חופש הביטוי (ראו גם, "הנחיות לתובעים בנושא העמדה לדין בעבירת ה'סוב-יודיצה' הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1102 (2005)). כך עולה גם מלשון סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט, אשר לאחר תיקונו בשנת 2002 קובע כי העבירה הפלילית תשתכלל רק כאשר ישנה אפשרות קרובה לוודאי להשפעה על ההליך המשפטי. זאת ועוד, בשל האכיפה המועטה, לצד ההתפתחות הטכנולוגית, היו שהציעו לבטל כליל את כלל הסוב-יודיצה (ראו למשל, בש"פ 1659/11 שטנגר נ' מדינת ישראל, פסקאות 17-20 והאסמכתאות המובאות שם (26.4.2011) (להלן – פרשת שטנגר)). עם זאת, ועל אף הקשיים הכרוכים בהעמדה לדין בשל עבירת הסוב-יודיצה, ספק רב אם הפתרון המיטבי מצד המדינה הוא לתת יד לבקשות למניעה מראש במסגרת הליך אזרחי, וכך בכך להימנע מהעמדה לדין במקרים המתאימים.

17. הערתי השנייה נוגעת לסוגיית השימוש בצו מניעה בהליך אזרחי על מנת למנוע ביצועה של עבירה פלילית. ברגיל, אכיפת החוק הפלילי מסורה לתביעה הכללית, אשר מפעילה את סמכויותיה ופותחת בהליכים פליליים נגד אנשים החשודים בביצוע עבירות פליליות, לאחר שאלו – על פי החשד – ביצעו את העבירה. אכן, בשיטות משפט שונות מקובל שלתובע הכללי סמכויות לבקש במקרים מסוימים צוים למניעה מראש של ביצוע עבירות פליליות. נדמה שזו הגישה אף בישראל (ראו, רע"א 2920/90 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (1) 397, 414-416 (1993)). עם זאת, במדינות שונות זכות זו נתונה אך ורק ליועץ המשפטי לממשלה ולא לאדם פרטי, למעט במקרים חריגים ביותר (ראו למשל, DAVID (BEAN, INJUNCTIONS 52-53 (8<sup>th</sup> ed., 2004)). בעניינו מדובר במקרה ספציפי בו הבקשה לצו מניעה מיועדת למנוע פרסום מראש בהקשר לעבירת סוב-יודיצה. 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: P. v. Liverpool Daily Post and Echo (Newsprinters Plc [1991] 2 A.C. 370, 425 (Lord Bridge)). במקרה דנא, היועץ המשפטי לממשלה לא יזם את ההליך, אם כי המדינה הצטרפה להליך ותמכה במתן צו למניעת הפרסום. מכל מקום, נוכח הנמקתנו, שהתבססה על הפן הדיוני, איננו נדרשים להכריע בשאלה באילו מקרים, אם בכלל, יוכל אדם פרטי בישראל לעתור לצו מניעה בהליך אזרחי על מנת למנוע ביצוע עבירה של סוב-יודיצה. יוער, עם זאת, שהמקרה מעורר שאלות לא פשוטות (ראו פרשת שטנגר; ע"פ 6578/12 מדינת ישראל נ' רשת-נגה בע"מ (6.9.2012)). כך למשל, יש לבחון האם כלל הסוב-יודיצה נועד להגן על הנאשם (ולכן גם על המשיב), או שמא פועלו הוא הגנה על טוהר ההליך השיפוטי, כפי שמרמזת הכותרת של סעיף 71(א) לחוק, "מניעת פגיעה בהליך הפלילי" (ראו, בש"פ 4275/07 רשות השידור נ' מדינת ישראל (17.9.2007)).

18. הערעור מתקבל אפוא. פסק דינו של בית המשפט המחוזי מבוטל והתובענה שהגיש המשיב נדחית. לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א

השופט נ' סולברג:

1. אני מסכים לפסק דינו של חברי, הנשיא א' גרוניס, כי דין הערעור להתקבל מחמת הפגמים הדיוניים בבקשותיו של המשיב, שלא תוקנו גם בדיעבד.
2. חברי העיר עוד שתי הערות לעניין מניעת פרסום מראש, בהתבסס על כלל הסוב-יודיצה. מבלי להיכנס בעובי הקורה, משום שההכרעה הנ"ל במישור הדיוני אינה מזיקתנו לעשות כן, מן הראוי לציין כי לא פג טעמה של עבירת הסוב-יודיצה גם בעידן הנוכחי של הקידמה הטכנולוגית וזרימת המידע כמעט עד בלי די. על ה'כמעט' יש לשמור, כשם שאת חופש הביטוי יש להבטיח. משפטו הפלילי של נאשם דוגמת המשיב צריך להתקיים בתוככי בית המשפט. מדובר בדיני נפשות. 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. האשמה בדיעבד בגין סוב-יודיצה במקום מניעה מלכתחילה, יכולה במצבים מסויימים לחתור תחת עשיית משפט



compensation for injury suffered, may prescribe any measures, such as the insertion of a rectification or the circulation of a communiqué, in order to put an end to the infringement of the presumption of innocence, at the expenses of the natural or juridical person liable for that infringement".

6. גישת המשפט האנגלי מבפרת את טוהר ההליך השיפוטי על פני חופש הביטוי. על-פי גישה זו על בית המשפט להגן על נאשם מפני פרסום שעלול להשפיע על זכותו למשפט הוגן. ב - Ex parte HTV Cymru (Wales) Ltd [2002] EMLR 11 נקבע כי על מנת למנוע פרסום על המבקש להראות כי: (1) הפרסום אכן עתיד להתפרסם במידה ובית המשפט לא יאסור זאת; (2) הפרסום יפגע בטוהר ההליך השיפוטי.

7. גישת המשפט האנגלי אומצה במספר מדינות נוספות המחזיקות בגישת המשפט המקובל. בקנדה נקבע בפסק-דין Dagenais v Canadian Broadcasting Corp. [1994] 3 SCR 835 כי פרסום יאסר בהתקיים התנאים הבאים: (1) האיסור דרוש על מנת למנוע סיכון מהותי וממשי לקיומו של משפט הוגן, ואין אמצעים אחרים שבכוחם למנוע את הסיכון; (2) מאזן הנוחות בין הנזק שצפוי להיגרם לנאשם לבין הנזק שצפוי להיגרם לחופש הביטוי של אלו המושפעים מהאיסור נוטה לטובת הנאשם. באוסטרליה נקבע בפסק-הדין המנחה בסוגיה 12 John Fairfax and Sons Pty Ltd v McRae [1955] HCA (1955) 93 CLR 351 כי פרסום יאסר במידה והוא מקים חשש ממשי ומהותי לפגיעה בזכות למשפט הוגן. פסיקה דומה נמצאת גם באירלנד: Irish Times Ltd v A. T. H. Smith, Reforming the New Ireland [1998] 1 IR 359, וכן גם בניו-זילנד: Zealand Law of Contempt of Court: An Issues/Discussion Paper 58-60 (2011).

8. בהקשר הפרוצדוראלי, המשפט המקובל מכיר בצו מניעה מכוח איסור הסוב-יודיצה. הבכורה מוענקת אמנם לתביעה הכללית, אך סמכותה למימוש איסור הסוב-יודיצה איננה אקסקלוסיבית. במספר פסקי דין אנגליים נקבע כי כאשר חפץ נאשם בצו למניעת פרסום, הריהו רשאי לנקוט בהליך אזרחי על מנת לבקש סעד זה, גם בהעדר הסכמתו של ה - Attorney General (ראה: Peacock v London Weekend Television ; Connolly v Dale [1996] QB 120, [1996] 1 All ER 224; (1985) 150 J.P. 71 CA D. EADY AND A. T. COE v Central Television Plc [1994] E.M.L.R. 433 : H. SMITH, ARLIDGE, EADY AND SMITH ON CONTEMPT 444-445 (4th ed., 2011) וכן: C. J. MILLER, CONTEMPT OF COURT 116-118 (3rd ed., 2000) מצב הדברים באוסטרליה ובניו-זילנד דומה (באוסטרליה: X v. Amalgamated Services Proprietary Ltd. (1987) 9 NSWLR 575 (NSW CA) וכן: United Telecasters Sydney v Hardy

*Burns v Howling at the Moon Magazines Ltd.* : בניו זילנד: 23 NSWLR 323 (1991)  
 381 NZLR 1 [2002].

יפים לעניין זה דבריו של Lord Donaldson ב- Leary v BBC, September 29, 1989, -  
 : Unreported

“If it is feared that a contempt will be committed the primary responsibility for seeking a restraining order is undoubtedly that of the Attorney-General acting on behalf of the public, but – and this is an important qualification – a private citizen with some special interest over and above that enjoyed by all members of the public in the due administration of justice is entitled to seek an injunction, and in doing so he does not need the consent of the Attorney-General. The most obvious example of a private citizen who has a special interest is somebody who is an accused person”.

9. נראה אפוא, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי מבחינה עקרונית אין מניעה לנאשם בפלילים לעתור לשם מימוש איסור הסוב-יודיצה, הגם שהנושא מעלה שאלות לא פשוטות כפי שהעיר חברי הנשיא.

#### ש ו פ ט

#### השופטת א' חיות:

תמימת דעים אני עם חברי הנשיא א' גרוניס כי הפגמים הדיוניים שנפלו בהליך דנן, בייחוד בהצטברם, הם כה בסיסיים עד כי לא ניתן היה להתעלם מהם וליתן פסק-דין בלא שבית המשפט קמא יעשה, למצער, לתיקונם. משלא נעשה כן, יש בפגמים אלה לבדם כדי להצדיק את ביטול פסק-הדין. כמו כן, אני מצטרפת להערותיו של חברי הנשיא לגופם של דברים וברצוני להוסיף אך מספר הערות קצרות.

1. בית המשפט המחוזי קבע כי במהלך הדיון בפניו התברר שבתוכנית הטלוויזיה שהפיקו המערערים (להלן: התוכנית) התראיינו עדי תביעה ועובדה זו היא כשלעצמה מוליכה אל המסקנה כי קרוב לוודאי שהתוכנית תשפיע על מהלך המשפט. בשל כך סבר בית המשפט המחוזי כי מתקיימים במקרה דנן תנאי סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) הקובעים איסור לפרסם "דבר על עניין פלילי התלוי ועומד בבית משפט במטרה להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו", והקובע עוד כי "ראייה מראש את ההשפעה האמורה כאפשרות קרובה לודאי כמוה כמטרה להשפיע". על כן, הוציא בית המשפט המחוזי מלפניו צו מניעה קבוע האוסר על שידור התוכנית.

חברי הנשיא עמד בחוות דעתו על הקושיות המשפטיות המתעוררות נוכח החלטתו זו של בית משפט קמא ובהן השאלה האם העבירה הפלילית הקבועה בסעיף 71(א) לחוק בתי המשפט או עבירה פלילית בכלל, יכולה להוות עילה להוצאת צו מניעה האוסר פרסום? האם יש לנאשם מעמד משפטי לבקש צו מניעה שכזה, והאם ההליך המתאים לכך הוא הליך אזרחי דוגמת המרצת הפתיחה שבה נקט המשיב 1? שאלות נכבדות אלה טרם נתלבנו עד כה בפסיקה הישראלית (ראו והשוו: רע"א 10266/04 הרשקוביץ נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ (12.11.2004); בג"ץ 381/66 היועץ המשפטי לממשלה נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות בירושלים, פ"ד כ(4) 757 (1966); בש"פ 1659/11 שטנגר נ' מדינת ישראל, פס' 17-20 (26.4.2011)) ונוכח הפגמים הדיוניים הרבים שנפלו בהליך דנן, אין צורך להכריע בהן בערעור זה וניתן להתירן בצריך עיון.

2. 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 שיסודות 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 (עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996); בג"ץ 5432/03 ש.י. – לשווין ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004)). לעניין האיזון שבין חופש הביטוי לפגיעה בתקינות ההליך הפלילי נקבע בעבר, בהקשר שונה במעט, כי יש הצדקה לפגיעה בחופש הביטוי על דרך של מניעה מוקדמת רק בהתקיים "וודאות קרובה לפגיעה ממשית בתקינות ההליך הפלילי" (ע"פ 6578/12 מדינת ישראל נ' רשת-נגה בע"מ (6.9.2012)). עוד נפסק בעבר כי קיומה של נורמה פלילית בת-עונש על פרסום דבר, אפילו התקיימו יסודותיה, היא לבדה אינה מצדיקה את הגבלת חירותו של אדם, מראש, מלפרסמו. הגבלה כזו יש לה מקום רק בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה ממשית באינטרס מוגן.

עמד על כך הנשיא (בדימוס) א' ברק באומרו:

המרכזיות של חופש הביטוי משמעותה, כי רק ודאות קרובה של סכנה ממשית לשלום הציבור יש בה כדי להצדיק הגבלה מראש של חופש הביטוי. עד כמה שהנורמה הפלילית "תופסת" ביטוי כשלעצמו ("נטייה



רעה"), בלא שקיימת אותה ודאות קרובה לנזק ממשי, אין מקום למניעתו של הביטוי, אם כי ניתן יהא להעמיד את המפרסם לדין פלילי. אכן, אחריות פלילית אינה לא תנאי הכרחי ולא תנאי מספיק למניעה מוקדמת. אין היא תנאי הכרחי, שכן תיתכן מניעה מוקדמת לפרסום, שקרוב לוודאי יפגע באופן ממשי בסדר הציבורי, גם אם הפרסום אינו מהווה עבירה פלילית; היא אינה תנאי מספיק, שכן עקרון חופש הביטוי מצדיק הגבלה מראש על חופש הביטוי, רק מקום שקיימת ודאות קרובה להתממשות הסכנה. כאשר ודאות קרובה זו אינה קיימת, והאיסור הפלילי מוטל על עצם הביטוי ללא התחשבות בתוצאותיו, לא נראה לי כמוצדק לאפשר מניעה מראש של חופש הביטוי.

(בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 299 (1987)).

3. הנה כי כן, בחינת פרסומו של ביטוי על-פי המבחנים החוקתיים הנוגעים לפגיעה בחופש הביטוי לא מובילה בהכרח למסקנה הזוהי לבחינתו על-פי יסודות עבירת הסוביודיצה. קיימים אמנם קווי דמיון בין השניים, אך קיימים ביניהם גם הבדלים ונסיבות המקרה שלפנינו מדגימות את אחד ההבדלים הפוטנציאליים בין שני סוגי מבחנים אלה. במקרה דנן קבע בית המשפט המחוזי כי קיימת אפשרות קרובה לוודאי לכך ששידור התוכנית ישפיע "על מהלך המשפט או על תוצאותיו", מתוך הנחה שראיונות עם עדי תביעה המשודרים בתוכנית שהיא תוכנית פופולארית, גורמים להשפעה כזו. לכן מצא כי מתקיימים יסודות העבירה. ואולם, בית המשפט המחוזי לא בחן את מידת ההשפעה 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. נוסחת האיזון החוקתית לעומת זאת קובעת בהקשר זה כי פגיעה בזכות החוקתית לחופש ביטוי בדרך של מניעת הפרסום מראש, תתאפשר רק אם עלולה להתקיים בהסתברות קרובה לוודאי פגיעה ממשית באינטרס מוגן ובענייננו – תקינות ההליך הפלילי (ראם שגב "טוב-יודיצה" הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים 9-12 (2001)).

האם ניתן לומר כי שידור התוכנית במקרה דנן מקים הסתברות קרובה לוודאי כי פגיעה ממשית כזו אכן תתרחש? מן החומר שהוצג בפני בית המשפט קמא ובפנינו עולה כי ערב ההקרנה המיועדת של התוכנית כבר נעשו לא מעט פרסומים אחרים הנוגעים להליך הפלילי ובהם גם ראיון עם עדת התביעה המרכזית ששודר בחדשות ערוץ 2 בטלוויזיה. נראה על כן כי על מנת שבית המשפט ישתכנע שהפרסום הנוסף יגרום בהסתברות קרובה לוודאי 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. אני סבורה כי לאחר שעדים שונים ובהם, כאמור, העדה המרכזית וכן בני משפחתו של הנאשם, כבר התראיינו לאמצעי התקשורת השונים, תמלילי חקירה ועימות משטרתי פורסמו בעיתונות, וקציני משטרה הביעו בתקשורת עמדה ביחס לאשמתו של המשיב 1 (ראו פירוט בנספח ג לעיקרי הטיעון מטעם המשיב 1), אין זה מובן מאליו כלל שהתוכנית הבאה לאחר כל אלה היא זו שאכן תגרום לפגיעה ממשית בתקינות ההליך הפלילי, עד כי יש למנוע את שידורה. מכל מקום, נראה כי לא ניתן להניח מראש שההסתברות לכך היא קרובה לודאי. על כן, ומבלי לנקוט עמדה בשאלה אם המידע שהוגש לבית המשפט בנוגע לתוכנית הנדונה מאפשר לקבוע כבר עתה שהיא מפרה את האיסור הפלילי שבסעיף 71 לחוק בתי המשפט, ספק רב בעיניי אם קמה במקרה דנן הצדקה למניעה מראש של שידור התוכנית. עוד ראיתי לציין כי ככל שהאינטרס המוגן המצדיק פגיעה בזכות החוקתית לחופש הביטוי הוא אותו האינטרס שלהגשמתו נועדה הנורמה הפלילית האוסרת את הפרסום, יתכן כי מן הראוי לבחון האם איסור כזה והטלת אחריות פלילית בגינו יש להם מקום, כאשר אין מתקיימים המבחנים החוקתיים המחמירים המצדיקים פגיעה בחופש הביטוי לכתחילה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

ניתן היום, א' באייר התשע"ג (11.4.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א