

9 אוקטובר, 2015
כ"ו תשרי תשע"ו

www.idi.org.il

לכבוד

שרת המשפטים הגב' איילת שקד
חברי וועדת השרים לחקיקה

הנידון: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון - הזכות להישכח) התשע"ה 2015

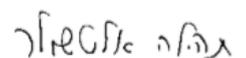
הצעת החוק מבקשת לאפשר לאדם הרואה עצמו נפגע מפרסום אודותיו באינטרנט לפנות למפעיל מנוע חיפוש בבקשה להסיר פרסום זה. אם מנוע החיפוש מסרב להסיר את המידע או לא מגיב לבקשה, רשאי המתלונן לפנות לבית המשפט שיכול להורות למנוע החיפוש להסירו.

אנו מתנגדים להצעת החוק בשל הטעמים הבאים:

- א. הצעת החוק פוגעת פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לחופש מידע ולחופש ביטוי. היא אינה מתאימה למסורת ההגנה על זכויות אדם בישראל וגם לא איזון בין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לפרטיות, ומשנה בצורה לא ראויה את המצב החוקתי הקיים.
- ב. הצעת החוק לוקה בכך שהיא תוקפת רק את החוליה של ה"מתווכים" – מנועי החיפוש, ואיננה מתייחסת ליוצרי הפרסומים. ההצעה תיצור אנומליה שלפיה מתווכים יידרשו להסיר סוגים של פרסומים שלפי החקיקה הקיימת (חוק הגנת הפרטיות/חוק לשון הרע) יוצרי הפרסום עצמו אינם יכולים בכלל להידרש להסיר!
- ג. הצעת החוק אינה מתמודדת בצורה נכונה עם ההיבט הטכנולוגי של מה שהיא מבקשת להשיג, וניתן גם להציע פתרונות חלופיים ופוגעניים פחות להסדרים המוצעים בה.
- ד. אף שהצעת החוק לכאורה משקפת פסיקה של בית הדין האירופי, היא נוגעת בסוגיה סבוכה שאף מדינה בעולם (למעט רוסיה) עדיין לא יצרה הסדר חקיקתי לגביה, ולא בכדי. ראוי להמתין וללמוד מניסיונם של אחרים.
- ה. הצעת החוק מהווה חלק אחד בתצרף רחב העוסק במתח שבין הזכות לפרטיות לבין הזכות למידע בעידן הדיגיטלי. מזה זמן טוענים מומחים כי ראוי לבצע עבודה מקיפה ומסודרת במשמעויות המהותיות, הנורמטיביות, הפרקטיות והמוסדיות של הגנת הפרטיות בעידן הדיגיטלי ולא להסדיר את הנושא טלאים טלאים.

ידוע לי כי גם מנכ"ח ההצעה רואים בה טיוטה ראשונית. דווקא בשל כך ראוי להשקיע בה חשיבה נוספת בטרם תאושר. חוות הדעת המפורטת מצורפת בזאת. אשמח לעמוד לרשותך בכל עניין או הבהרה.

בכבוד רב



ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

ראשת פרוייקט רפורמות במדיה, המכון הישראלי לדמוקרטיה

מר ברנרד מרכוס

יו"ד בינלאומי

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ד של כבוד

פרופ' גרהרד קספר

יו"ד המועצה הבינלאומית

מר אמיר אלשטיין

יו"ד הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

ד"ר אריק כרמון

נשיא לשעבר ומייסד

המועצה הבינלאומית

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
סנטור רוברט בדנשר, צרפת
פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה
השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
ד"ר איימ גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
השופט דליה דורנר, ישראל
פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
ד"ר סידי דרל, ארה"ב
השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
לורד ג'ורג' ווינדפולד, בריטניה
לורד הרי ק' וולף, בריטניה
סר גיימס ד' וולפנסון, ארה"ב
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
סנטור ג'וזף ליברמן, ארה"ב
פרופ' דומיניק מואיז, צרפת
פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקסיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
מר ברט סטפנס, ארה"ב
השופט רולי סילברמן אבלה, קנדה
ד"ר הנרי קיסינג'ר, ארה"ב
פרופ' הנרי רוזובסקי, ארה"ב
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל
השופט מאיר שמגר, ישראל

חברי הוועד המנהל

מר דב כהרב
פרופ' יפה זילברשץ
מר שאוקי ח'טיב
מר סלי מרידור
מר אבינועם נאור
עו"ד אבי פישר
פרופ' זאב צחור
מר יוסי קוצ'יק

סגני נשיא המכון

פרופ' מרדכי קרמניצר, מחקר
פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר
ד"ר שיי ג'יסין פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמיחי אילון
פרופ' חנוך דגן
פרופ' מומי דהן
פרופ' תמר הרמן
פרופ' שחר ליפשיץ
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' גדעון דהט
פרופ' יובל שני



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

א. הצעת החוק פוגעת בזכות לחופש מידע ולחופש ביטוי ואיננה משקפת איזון חוקתי מתאים בין לבין זכויות אחרות

1. הצעת החוק פוגעת בצורה קשה ובלתי מידתית בזכות לחופש ביטוי ובזכות לחופש מידע בכך שהיא מאפשרת להסיר קישורים אל מידע הנמצא ברשת האינטרנט **שהוא אמת לאמיתה ואינו מהווה הפרת חוק כלשהי**. כבר כיום זכאי כל אדם שהתפרסם מידע אודותיו שיש בו לשון הרע או פגיעה בפרטיות – לדרוש להסיר את המידע. כבר כיום מעניקים בתי משפט צווים לאתרי אינטרנט, רשתות חברתיות ומנועי חיפוש להסיר מידע שהוא מידע אסור לפי חוק איסור לשון הרע, לפי חוק הגנת הפרטיות, או לפי חוקים פליליים שונים (מתכונות זדוניות ועד פדופיליה והסתה לגזענות). אבל, גם הפסיקה הקיימת בישראל, שחייבה מנועי חיפוש להסיר קישורים¹, עסקה בפרסום שגוי לחלוטין שהיווה לשון הרע, כלומר בפרסום המהווה עוולה מובהקת. הצעת החוק שלפנינו מבקשת להרחיב את הזכות להסיר קישורים **למידע רחב יותר** ובכך היא איננה מעגנת זכות לשכחה אלא **זכות להסרת מידע חוקי**.

2. הזכות לחופש ביטוי היא אחת מן הזכויות החוקתיות המוכרות בשיטה המשפטית שלנו, למרות שאיננה מעוגנת באופן מפורש בחוק יסוד. כך הוכר בפסיקת בתי המשפט מימים ימימה. גם הזכות לפרטיות היא זכות יסוד חשובה ביותר, המעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אף שמדובר באיזון אופקי בין שתי זכויות פרט, ההלכה המקובלת בבית המשפט מאז ע"א 214/89 **אבנרי נ. שפירא**, היא כי במקרים שבהם יש ניסיון ליצור מניעה מוקדמת של ביטוי (וזוהו המקרה של הצעת החוק שלנו, העוסקת למעשה בהסרת מידע ולא בענישה או בפיצוי לאחר שביטוי כבר נאמר), יש להותיר מרחב רב ככל הניתן לזכות לחופש ביטוי גם על פני הזכות לשם טוב ולפרטיות. בשנה שעברה, בעניין ע"א 8954/11 **פלוני נ. פלונית**, קבע בית המשפט העליון כי גם אם קיימים מקרים בהם תועדף הזכות לפרטיות ובית המשפט יצווה להסיר ספר מן המדפים, מכל מקום מדובר במקרים קיצוניים ביותר. הצעת החוק שלפנינו הופכת את האיזונים המקובלים בשיטה ותפגע פגיעה קשה בזכות לחופש ביטוי.

3. הצעת החוק מאפשרת "לכל אדם הרואה עצמו נפגע" לפנות ולבקש להסיר קישורים למידע, כלומר מאמצת מבחן סובייקטיבי של פגיעה, ולא מבחן אובייקטיבי ("האם אדם סביר היה רואה בכך פגיעה?") שהוא המבחן המקובל בפסיקה העוסקת באיזון בין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לפרטיות ולשם טוב, דיני הגנת הפרטיות ובחוק לשון הרע. ברור הוא שכל אדם שחטא או שזכה לביקורת שלילית יראה עצמו נפגע מפרסום אודותיו. האם בשל כך מוצדק למנוע גישה אל המידע? בנוסף, ההיסטוריה המשפטית מלמדת כי מתן זכות לדרוש הסרה גוררת במקרים רבים ניצול לרעה של הזכות, ופוגעת באינטרס הציבור במידע חופשי ובזכות לחופש המידע והדיבור.

¹ראו למשל סביר נ. בר נוי 44711-11-14.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

4. לפי הצעת החוק מידע שבעטיו ניתן יהיה לבקש הסרה הוא "מידע אישי" כהגדרתו בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות. המדובר ב"נתונים על אישיותו של אדם, מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו ואמונתו" וכן ב"כל פרט הנוגע לחייו האישיים של אדם ושיש בו כדי לזהותו". הצעת החוק מאמצת את ההגדרה הקיימת בחוק הגנת הפרטיות לגבי פיקוח על מאגרי מידע שיש בהם מידע אישי, ומיועדים לאפשר לאדם שפרט מידע המופיע לגביו במאגר איננו נכון – לדרוש את עדכונו. אבל, זו איננה ההגדרה המתאימה לאיזון בין הזכות לפרטיות לבין הזכות לחופש ביטוי! הגדרה זו מופיעה בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע מהי פגיעה בפרטיות. סעיף 2 בשום שלב אינו קובע כי אסור לפרסם מידע על אישיותו של אדם, מעמדו האישי או הכשרתו המקצועית אלא רק מגן על "פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד". כלומר, הצעת החוק מדברת על חסימת הזכות לחופש מידע ולחופש ביטוי לטובת זכות פרטיות מורחבת, שחוק הגנת הפרטיות עצמו איננו מוצא לנכון להגן עליה.

5. הצעת החוק מעניקה את הסמכות לבית המשפט להחליט על מתן צווים להסרת קישורים למנועי חיפוש לפי הקריטריון הבא: "ישקול בית המשפט את מידת הפגיעה שנגרמה או עלולה להיגרם למבקש כתוצאה מפרסום המידע האישי לעומת הפגיעה שנגרמה או עלולה להיגרם לעניין הציבורי כתוצאה מהסרתו בהתחשב, בין השאר, בזהותו של המבקש ובאופיו ורגישותו של המידע האישי". הגדרה זו יוצרת קושי אפרירי בקביעה מתי זהותו של המבקש היא גורם שיש לשקול אותו (האם דווקא אישיות ציבורית שיכולה להיפגע יותר מפרסום מבוך מצדיקה מתן צו, או ההיפך – אדם פרטי? האם יש קשר לחשש מפגיעה בפרנסתו של אדם, כשמדובר בצורך ליידע את הציבור לגבי כך שהוא עובד גרוע?). מעבר לכך, במה היא מוסיפה על ההגנה הקיימת בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות הקובעת כי הגנה טובה במשפט פלילי או אזרחי בנוגע לפגיעה בפרטיות תהיה "אם בפגיעה היה ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום - הפרסום לא היה כוזב. בהנחה שמדובר אכן בפרסום אמיתי?" אם הצעת החוק אינה מחדשת דבר, מדוע להוסיף אפקט מצנן נוסף על הזכות לחופש ביטוי, באמצעות אפשרות לפנות לבתי משפט?

6. לכן, תוצאותיה של הצעת החוק עשויות להיות מניעת גישה וצנזורה של מידע, רק בשל היותו בלתי מחמיא – ולא בשל היותו בלתי חוקי לפי חוק הגנת הפרטיות או לפי חוק איסור לשון הרע. הצעת החוק עשויה להוביל לעיוות של תוצאות חיפוש במנועי חיפוש דוגמת גוגל ואף במנועי חיפוש פנימיים באתרי חדשות. טלו דוגמא שלפיה בעל מקצוע ידרוש להסיר חוות דעת שליליות עליו – בשל כך שיראה עצמו נפגע. האם זוהי תוצאה רצויה מנקודת ראות של האיזון בין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לפרטיות? השימושים הרחבים ברשת האינטרנט למציאת מידע – ממידע על נבחר ציבור ועד למידע על רופא שנתבע בתביעת רשלנות רפואית – מחייבים מתן



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

אפשרות רחבה ככל האפשר של הגעה למידע. איננו רוצים ליצור מצב שבו רופא יוכל לדרוש להסיר פרסומים כאלה, בדיוק כמו שאיננו רוצים שנבחר ציבור ישכתב את עברו, וכמוהו, להבדיל, פושעי מין או גזענים.

7. ראוי להדגיש כי יש היגיון בצורך לאזן בין הזכות לחופש ביטוי לזכות לפרטיות, ולא להעדיף אפריורית אחת על פני השניה. זו, כאמור, גם תורת המשפט המקובלת בישראל. הצעת החוק איננה ראויה דווקא משום שאינה מעניקה לבית המשפט כלים קונקרטיים דיים. כלים כאלה יכלו להיות, למשל: חלוף זמן ממושך מאז הפרסום המקורי; דיווח על עונש מאסר שחלף זמן רב מאז שהתקיים; מעשים שעשה אדם בעודו קטין. הצעת החוק במתכונתה הנוכחית איננה מעניקה כלים ממוקדים. החיסרון שבמתן שיקול דעת כה רחב לבית המשפט הוא ביצירת מרחב גדול מידי של פסיקה, ללא תורה אחידה. יש להימנע ככל הניתן ממצב שבו מידע הנמצא במרחב הציבורי באופן חוקי, יכול להיות מוסר על ידי רשויות המדינה בצורה שרירותית, גם אם מדובר בבתי המשפט.

ב. הצעת החוק בעייתית משום שהיא פונה אל מתווכים במקום לפנות אל מקור הפגיעה בפרטיות: המפרסם עצמו.

1. הצעת החוק יוצרת אנומליה בכך שהיא עוסקת אך ורק במנועי חיפוש ולא עוסקת ביוצר המידע המקורי. ההיגיון מלמד כי אם מידע מסויים נתפס כפוגעני, יש בראש ובראשונה לפנות אל יוצר המידע (יהא זה כלי תקשורת, אדם פרטי שפרסם פוסט ברשת חברתית או בפורום כלשהו וכיו"ב), ולתבוע ממנו להסיר את המידע. רק אם הלה לא אותר/סירב להסיר/לא יכול להסיר את המידע, ראוי לפנות גם אל מנועי חיפוש. אלא, שהצעת החוק בחרה ב"הסרת קישור למידע" במקום בהסרת המידע עצמו. זוהי אינה "הזכות להישכח" (שכן המידע אינו מועלם מהאינטרנט) אלא רק "הזכות לא להופיע במנועי חיפוש".

2. השתת האחריות על גוף מתווך היא בעייתית ברמה הנורמטיבית, שהרי לא הוא יצר את המידע, אין לו הבנה ביחס להקשר ולפשר של המידע, למקורו ולנסיבות פרסומו, וכלל לא ברור שנכון לאפשר לו, כגוף בעל אינטרסים מסחריים, להיות "צנזור על" של רשת האינטרנט, המכריע בשאלות של איזון בין הזכות לחופש ביטוי לזכות לפרטיות.

3. בסופו של דבר הצעת החוק יוצרת אנומליה בלתי אפשרית. כפי שנכתב למעלה, היא מרחיבה מאד את טווח המקרים שבעטיים ניתן יהיה לדרוש הסרה של קישור, בעוד שהיא מותירה את המצב הקיים בחוק הגנת הפרטיות לגבי יוצרי המידע המקורי. כך, ניתן יהיה לדרוש הסרת קישור אל מידע כשאינו שום עילה לדרוש את מחיקת המידע עצמו!



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

ג. הצעת החוק בעייתית בשל האפשרות לעקוף אותה טכנולוגית

4. השתת האחריות על גוף מתווך בעייתית גם מבחינה טכנולוגית, כפי שלמשל נטען לאחר הפסיקה של בית המשפט האירופי – אם יוסרו הקישורים ממנוע החיפוש של גוגל באירופה, אפשר יהיה לחפש בדרכים אחרות, למשל דרך גוגל ארצות הברית. אין הרי כוונה, יש לשער, לייצר חומת אש בין ישראל לבין שאר העולם.

5. יתרה מזאת, כפי שהדבר קיים בדיון ביחס לצווי איסור פרסום בעידן הדיגיטלי – תמיד יימצאו האנשים והפעילים החברתיים שיפיצו את צילומי המסך של המידע החסר וייצרו קישורים חדשים, וכמובן שהמידע יופץ דרך הרשתות החברתיות, ולא דרך מנועי חיפוש. הצעת החוק שלפנינו מגדילה את הקושי הטכנולוגי דווקא משום שהיא עוסקת רק בהסרת תוצאות ממנועי חיפוש, ללא שהדפים המקוריים שבהם פורסם המידע – יוסרו. האם עולה בדעת מישהו להסיר ספר מן הקטלוג שבספרייה מבלי להוריד את הספר מהמדפים תחילה? בסופו של חשבון תוצאה אפשרית של הצעת החוק תהיה העמקת הפער בין מי שיודע להגיע למידע שאיננו מופיע במנועי החיפוש לבין מי שאינו יודע ותלוי בהם.

6. נזכיר אך כי קיימות חלופות פוגעניות פחות לדרישה להסרת קישורים, כגון הצעתו של פרופ' ג'ונתן זיטריין, מומחה למשפט וטכנולוגיה מאוניברסיטת הרווארד, לאפשר לנפגעים לדרוש "לקבור" קישורים פוגעניים ולהסירם מעמוד תוצאות החיפוש הראשון, במקום להסירם לגמרי².

ד. הצעת החוק מבקשת לכאורה לאמץ פסיקה של בית הדין האירופי אך עושה זאת בצורה מרחיבה יתר על המידה, ויש לעשות עבודת תשתית רחבה בנוגע לזכות לפרטיות בעידן הדיגיטלי בטרם באים להסדיר היבטים קונקרטיים בחקיקה.

1. פסיקת בית המשפט הגבוה של האיחוד האירופי ממאי 2014, שעיגנה את "הזכות להישכח", ושלמעשה היוותה השראה להצעת החוק, עוררה מחלוקת ציבורית קשה בקרב קובעי מדיניות, משפטנים ואנשי טכנולוגיה. נטען כי היא תהווה צנזורה דה-פקטו, שתאפשר לחסום מידע חשוב על אנשים, וכן שהיא הופכת חברה מסחרית ל"אחראית התוכן של הרשת". אפילו משפטנים קנדים, ששיטת המשפט המאזנת שלהם דומה יחסית לשלנו, קבעו כי יהיה קשה לאמץ חוק דומה לפסיקה האירופית בקנדה. אלא, שכדאי לזכור כי בהצעת החוק שלפנינו יש הרחבה רבה מזו של בית הדין, שדיבר על מידע לא רלבנטי, הולם או מעודכן, ולכן פגיעתה בזכות לביטוי ולמידע רחבה אף יותר יותר.

² Jonathan Zittrain, Don't Force Google to "Forget," N.Y. TIMES, May 14, 2014, <http://nyti.ms/1gppWAR>.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

2. למעשה, חקיקה ישראלית תהפוך את ישראל למדינה הראשונה שמסדירה בחוק את העניין. שינוי החקיקה בנושא פרטיות באירופה נמצא בתהליך כבר כמה שנים וקיימות עמדות מאד מגוונות בין רשויות הגנת המידע השונות לגבי החקיקה הרצויה. דו"ח של בית הנבחרים הבריטי שפורסם ביולי 2014³ ביטא התנגדות די תקיפה לפסיקת בית המשפט האירופי, לאפשרות היישום שלה ולעיגון הזכות לשכחה בחוק, מטעמים של הגנה על חופש הביטוי וחופש המידע.

3. ישראל איננה צריכה להיות המדינה הראשונה שהופכת את הזכות להישכח לחוק. יתרה מזאת, וועדת ארבל, שמונתה על ידי שרת המשפטים, בוחנת בימים אלה כלים משפטיים ואחרים להתמודדות עם פרסומים פוגעניים ו"שיימינג" ברשת. אין מקום לקידום חקיקה פרטית בהיבט נקודתי אחד של הנושא, מבלי שצדדיו השונים נבחנו תחילה. מדובר בצדדים מגוונים הנוגעים לסוגיות של פרטיות, של צווי איסור פרסום גם מטעמים נוספים, ושל איזונים בין שם טוב וערכים ציבוריים נוספים לבין חשיבות שצף המידע החופשי ברשת. נדרשת גם התייחסות לסוגיות מוסדיות, כגון, למשל, האם ראוי להמליץ על מותב מיוחד בבית המשפט ששופטיו ירכשו מומחיות ייחודית בתחומים של טכנולוגיה וזכויות אדם ואשר יהיה מסוגל להעניק סעד מהיר לנפגעים.

4. חוק הגנת הפרטיות הישראלי מיושן מאד וטעון תיקון מיסודו. עד היום לא נעשתה עבודה מקיפה ומסודרת במשרד המשפטים כדי להציע תיקונים לחוק זה. החוק, כפי שכתב בעבר אחד המומחים בתחום, עו"ד חיים רביה, איננו אינו עונה על הצרכים של פעילות משקית מודרנית, המסתמכת יותר ויותר על מידע מדויק ומפולח. נדרשים היום בחינה ושינוי מהותי של חוק הגנת הפרטיות, כדי שיהלום את צורכי השעה ונסיבות החיים בישראל. ניסיונות לייצר חקיקה טלאים טלאים על גבי התשתית החקיקתית הקורסת – אינם ראויים ומוטב לעשות עבודה מקדמית מעמיקה בטרם פוגעים בזכויות אדם כה רגישות.

³ <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldcom/40/40.pdf>