



לכבוד
שרת המשפטים הגב' איילת שקד
השר לביטחון פנים מר גלעד ארדן
חברי וועדת השרים לחקיקה

הנדון: תזכיר חוק הסרת תוכן המהווה עבירה מרשת האינטרנט התשע"ז-2016

אף שהתכלית שתזכיר החוק משקף היא ראויה, והצורך להתמודד עם תוכן פוגעני ברשתות החברתיות בשל המאפיינים המיוחדים שלהן – הוא צורך אמיתי, הדרך המשתקפת מתזכיר החוק אינה ראויה, וזאת, בהכללה, מן הטעמים הבאים:

1. תזכיר החוק פוגע פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לחופש ביטוי במרחב המקוון, הן בהיבט המהותי והן בהיבט הפרוצדורלי.
 2. ההסדר המוצע בתזכיר יטפל במקרים ספורים של הסתה לטרור אבל יחשוף את אזרחי ישראל לסכנת צנזורה מטעם המדינה במקרים של "סתם" התנגדות למעשים שלטוניים כאלה ואחרים.
 3. התזכיר מציע הסדרים בלתי ישימים שנוקם יעלה על תועלתם.
 4. תזכיר החוק יוצר בעיית סמכות שיפוט שתעמיד את מדינת ישראל במצב בעייתי מול ידידותיה. חוות הדעת המפורטת מצורפת בזה.
- אשמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה נוספת שתידרש.

בכבוד רב,

גילה אלטשולר

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

ראשת התוכנית לדמוקרטיה בעידן המידע

המכון הישראלי לדמוקרטיה

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

חברי הוועד המנהל

מר חן ליכטנשטיין

גב' מזל מועלם

מר טלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

פרופ' זאב צחור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה

השופטת דורית בניש, ישראל

השופט סטיבן ברייר, ארה"ב

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה

השופטת דליה דורנר, ישראל

פרופ' וננלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

פרופ' מרדכי קורמניצר, מחקר

פרופ' ידידיה צ'י שטרן, מחקר

ד"ר ישי ג'סיץ, פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמיחי אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' שחר ליפשיץ

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' גדעון דהט

פרופ' יובל שני

מייסד

ד"ר אריק כרמון

יו"ר של כבוד

ד"ר ג'ורג' שולץ





1. הקדמה קצרה: התסכול מובן אך הדרך אינה מתאימה

התסכול העומד ביסוד תזכיר החוק מובן לגמרי. המהפיכה הדיגיטלית היא מהפיכה בסדר גודל היסטורי, שיתרונותיה ברורים: כל מידע יכול להגיע אלינו בקלות, ללא צנזורה וללא תיווך של מישהו "מלמעלה". הדבר מוביל לשיח ציבורי מסוג חדש ולהתארגנויות חברתיות לצורך מימוש מטרות נפלאות. אבל, במקביל, הולך ומתבררים גם חסרונות. למשל:

- הרשתות החברתיות מופעלות על ידי אלגוריתמים שאינם "אובייקטיביים" אלא מטים את שצף המידע לפי צרכים של חברות הענק.
- כללי המשחק וגבולות חופש הביטוי לא נקבעים על ידי המדינה אלא על ידי חברות מסחריות בינלאומיות, שאינן תמיד מבינות את תנאי הארץ ותושביה ואת המורכבויות של הסכסוך.
- מתברר שיצר לב האדם רע מנעוריו, אבל עוד יותר כאשר הוא פועל מול "מכונה". קל להביע דיעות פוגעניות, גזעניות ושונאות זרים ולשתף הלאה דיעות מרושעות, שנאה ורוע שכתבו אחרים.
- עם זאת, הצעת החוק דן איננה מתמודדת עם אתגרים אלה בצורה המתאימה למדינה דמוקרטית, וגם לא בצורה אפקטיבית.

2. הצעת החוק פוגעת בזכות לחופש ביטוי, המוכרת כזכות חוקתית במדינת ישראל

א. 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. הצעת החוק פוגעת בצורה קשה ובלתי מידתית בזכות לחופש ביטוי בכך שהיא יוצרת מערך צנזורה חסר תקדים. אמת, הזכות לחופש הביטוי איננה זכות בלתי מוגבלת וזכויות אדם בכלל אינן מרשם להתאבדות לאומית. ואולם, קלות הפגיעה בזכות לחופש ביטוי הובילה את התיאוריה החוקתית וגם את בתי המשפט לתמוך בכך שיש להגביל את הזכות לביטוי, ככל שניתן, רק באמצעות ענישה מאוחרת על אמירת הביטוי ולא באמצעות צנזורה.

ב. מגישי הצעת החוק מודעים לחשש הכבד מפני פגיעה בחופש הביטוי. לכן הם מציעים בדברי ההסבר "לקבוע שני תנאים מצטברים שרק בהתקיימם יוסמך בית המשפט ליתן צו להסרת התוכן: התנאי הראשון - שפרסום התוכן מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית; התנאי השני - שהמשך הפרסום מהווה סיכון ממשי לביטחון של אדם, לביטחון הציבור או לביטחון המדינה".



המכון הישראלי לדמוקרטיה

ג. באשר לתנאי הראשון, הרי שדברי ההסבר הם אחיזת עיניים. סעיף 2 לתזכיר החוק קובע "בית משפט לעניינים מנהליים רשאי...ליתן צו להסרת תוכן... אם שוכנע כי פרסום התוכן האמור מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית". הצעת החוק למעשה מבקשת להקנות לבית משפט מנהלי את הסמכות לקבוע שנעברה עבירה פלילית! הכיצד? ללא ראיות וסדרי דין הנדרשים בהליך פלילי? אם בית משפט מנהלי יכול להכריז על מעשה מסויים כעל מעשה פלילי, ואף לקבוע שיש לדבר השלכות (כגון צנזורה על ביטוי), מדוע בכלל יש צורך בסדר הדין הפלילי? הבה ניקח כל מעשה לא ראוי אל בית המשפט המנהלי ונאפשר לו "להשתכנע" כי מדובר במעשה שהוא עבירה פלילית!

ד. לפי התזכיר, בית משפט מנהלי, ולא בית משפט העוסק בעניינים פליליים, יוסמך לתת צו להסרת תוכן אם "פרסום התוכן מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית". הכיצד יכול בית משפט מנהלי, שאין לו כפיפות לסדרי דין פליליים, שסדרי הדין שלו דומים לאלה של בג"ץ, לקבוע, לפעמים אפילו במעמד צד אחד, וללא ראיות הנדרשות במשפט פלילי, כי תוכן מסוים מהווה עבירה פלילית? די אם נזכיר את הדיונים הארוכים שניהלו ערכאות שונות בשאלות של הגדרת עבירות ביטוי שונות (כגון הסתה לגזענות או הסתה לאלימות¹) ונוכל בנקל להבין כי לא הגיוני, לא חוקי ולא חוקתי, להעניק לבית משפט לעניינים מנהליים סמכות להכריע מה נחשב עבירה פלילית ומה לא וזאת ללא כל עמידה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי.

ה. תזכיר החוק למעשה מסמיך את בית המשפט לתת צו להסיר מידע או להסיר קישורים אל מידע **שלא נקבע מפורשות שהוא מידע בלתי חוקי כשלעצמו** ושנמצא ברשת האינטרנט. נסביר: בשום שלב לא עולה מהתזכיר כי הפרסום יהפוך להיות בלי חוקי או שבית המשפט יכריז על הפרסום ככזה. ראשית, משום שגם אם לדעת בית המשפט המנהלי הפרסום מהווה עבירה פלילית, מכל מקום הוא איננו פרסום שבית משפט העוסק בעניינים פליליים הרשיע את מפרסמו בדין. שנית, גם פרסום שמפרסמו הועמד לדין פלילי ואף הורשע, אינו בהכרח הופך לפרסום שאינו מוגן עוד על בסיס הזכות לחופש ביטוי.

ו. עוד נוסיף: כבר היום 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 (מתוכנות זדוניות ועד פדופיליה והסתה לגזענות). אבל, גם הפסיקה הקיימת בישראל, שחייבה מנועי חיפוש להסיר קישורים², עסקה בפרסום שגוי לחלוטין שכבר נקבע בהליך מסודר שהיווה לשון הרע, כלומר בפרסום המהווה עוולה מובהקת. הואיל והבחירה היא שבית משפט לעניינים מנהליים יחליט, ללא הליך פלילי כמפורט בהמשך, כי פרסום מסויים מהווה עבירה פלילית, למעשה

¹דומה שדי להזכיר כאן את עניין ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל.
²ראו למשל ע"א 44711-11-14 סביר נ' בר נוי ואח' (מחוזי ת"א) השופטת אביגיל כהן.



תזכיר החוק שלפנינו מבקש להסמיך את בתי המשפט לדרוש ממפעילי אתרי אינטרנט וממנועי חיפוש להסיר מידע חוקי או קישורים למידע חוקי כזה.

ז. הבנה אחרת, לפיה עצם קביעתו של בית המשפט המנהלי כי הפרסום נחזה להיות עבירה פלילית וכי הוא עלול לסכן אינטרסים ציבוריים, הופכת את הפרסום לבלתי חוקי – היא הבנה בעייתית אף יותר. בעידן שבו פקודת העיתונות המנדטורית תתבטל סוף סוף, ובעידן שבו מתחילה לחלחל ההבנה שבתי המשפט עושים שימוש יתר בסמכותם להעניק צווי איסור פרסום מטעמים מדויקים המנויים בחוק בתי המשפט, יבוא תזכיר החוק ויעניק אפשרות לצנזר מידע בהיקפים רחבים הרבה יותר – מן הדלת האחורית.

ח. באשר לתנאי השני: **במה מיועדת לטפל הצעת החוק?** התפיסה לפיה כדאי "לכלול הכל" בתזכיר החוק (גם פרטיות, גם ביריונות רשת, גם שנאה וגם הסתה לאלימות ולטרור) איננה נכונה. מדובר בסוגים שונים של עבריינות, ברמות סיכון שונות של התממשות מעשים כתוצאה מן הביטויים, בקהלי יעד שונים ובאיוזונים שונים בין אינטרסים. גם בחוק הפלילי "המסורתי" אין עירוב בין סוגים אלה של עבירות. אין סיבה לעשות זאת כאן. גם בהתבטאויות התקשורתיות של מנסחי החוק, הם עסקו בעיקר בעניין ההסתה לאלימות ולטרור. כפי שנעיר מאוחר יותר – העירוב של מגוון רחב מידי של תכליות עם פרוצדורה ונוסחאות איזון מקלות מידי – יוצר פגיעה כפולה בזכות לביטוי.

ט. דרך המלך במשטר דמוקרטי איננה הסרת תכנים אלא העמדה לדין על ביטויים שהם אסורים לפי החוק הפלילי. הצעת החוק איננה יוצרת הצמדה כזאת – בין הגשת כתב אישום פלילי, לבין הסרת התכנים. בדברי ההסבר נכתב במפורש כי הכוונה היא "הוספת כלי נוסף בהתמודדות רשיוות התביעה עם פרסומים המהווים עבירה ושיש בהם סיכון כאמור, שיעמוד לצד הכלי הפלילי (ולא כחלופה לו)". יש להניח כי לדעת מנסחי ההצעה ניתן יהיה להתמודד באמצעותה גם עם תכנים שמי שאחראי להם איננו נמצא במקום שבו ניתן להגיש נגדו כתב אישום – כלומר מחוץ לגבולות ישראל. מעבר לבעיה האקסטרא-טריטוריאלית שבה נדון בהמשך, הצעת החוק יוצרת סיכון של ממש עבור אזרחי ישראל, ואולי גם מי שאיננו אזרח אך כן מסיבות שונות ניתן להגיש נגדם כתב אישום. זאת, משום שגם אם מטרתה ראויה, **מכל מקום נוסחה אינו מוגבל רק למקרים שבהם לא ניתן להגיש כתב אישום נגד המפרסם עצמו** (או אפילו נגד האחראי לפרסום).

י. בכך, תזכיר החוק מאפשר למעשה לתובע משטרתי לדרוש הסרת תכנים מרשת האינטרנט ללא חובה לפתוח, לפחות במקביל, בחקירה פלילית ובהגשת כתב אישום גם נגד אזרחי ישראל הנמצא בתחומי מדינת ישראל. אם בכלל, יש להפוך את ההסדר שבהצעת החוק לשיווי ולא לחלופי, כך שיחול אך ורק כשאין אפשרות להגיש כתב אישום נגד המפרסם. ודוק: הכוונה איננה שלא ניתן להסיר תוכן שמוצדק לעתים להסירו במהירות, אלא שיש להצמיד את דרישת ההסרה להגשת כתב אישום ולראות בה חלק מהליך פלילי ולא מהליך מנהלי.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

יא. נוסחת האיזון המבוטאת בהצעת החוק חורגת מנוסחת האיזון המקובלת במשפט החוקתי הישראלי במקרים של צנזורה על ביטוי והתנגשות בין הזכות לחופש ביטוי לבין אינטרסים ציבוריים, חשובים ככל שיהיו. עוד מקדמא דנא נקבע בפסק הדין בעניין "קול העם" כי ניתן לצנזר מידע רק בהתקיים וודאות קרובה לפגיעה חמורה באינטרס ציבורי. אם, כדברי ההסבר להצעת החוק, מטרת החוק היא מניעת סיכון עתידי ולא ענישה פלילית, ואם כפי שכתב בדברי ההסבר "הכוונה היא לפרסומים שהסיכון הנשקף מהם אינו סיכון עקיף ותאורטי, סיכון בעלמא", לא ברורה הקביעה בסעיף 2 לתזכיר כי ניתן להסיר מידע כאשר נראה לבית המשפט שיש בהמשך פרסום התוכן כדי "לסכן באופן ממש" אינטרסים ציבוריים, ולא נבחרה נוסחת האיזון המקובלת במשפט הישראלי. מדובר למעשה בשינוי האיזון החוקתי הקיים היום במדינת ישראל, בצורה רחבה מאד המשתרעת על פני המרחב הדיגיטלי כולו. אמנם, נוסחת האיזון של סיכון ממש היא נוסחה הקיימת בחוק הטרור החדש, אבל אם כך הוא, יש, כפי שנציע בהמשך, להצמיד את הגדרת התוכן הפוגעני לזו של חוק הטרור, ולא להרחיב את נוסחת הקשר בד בבד עם הרחבת הגדרת הביטוי. כך נוצרת פגיעה כפולה וקשה.

יב. סעיפים 3 (ב), (ד) לתזכיר מאפשרים לבית המשפט לתת צו הסרה במעמד צד אחד. כלומר, החוק יאפשר בעתיד לרשויות האכיפה לפנות לבתי משפט בטיעון שביטוי מסויים הוא עבירה פלילית, ללא הוכחה ברמה הנדרשת בפלילים שאכן מדובר בכזאת, וכן שהביטוי מסכן את בטחון הציבור (עניין רחב ולא ברור העלול למשל במקרים מסויימים להיתפס למשל ביחס לאנשים המתנגדים נחרצות לשלטון מסויים, ובדומה לבעייתיות שבמעצרים מנהליים) ולהסיר את ההתבטאויות האלה מרשת האינטרנט – והכל במעמד צד אחד. בעייתיות זו מתגברת לאור סעיפים 5-6-7 העוסקים באפשרות להשתמש במידע חסוי, ואם המידע החסוי התגלה – לדרוש מבית המשפט לא להתחשב בו. המנגנון שנוצר הוא מנגנון מעורפל ורחב מאד שגם בהיבט הפרוצדורלי מעורר חשש משמעותי לפגיעה בזכות לחופש הביטוי.

יג. כדאי להעיר כי העמדה לדין בשל הסתה (סעיף 144 לחוק העונשין) באמצעות רשת האינטרנט היא הליך נדיר בישראל, וניכרת מבוכה (שלא לומר בורות) ביחס למדיניות אכיפה נכונה. מידי פעם מתפרסמים באמצעי התקשורת דיווחים על חקירות משטרה בעקבות פרסומים ברשת החברתית, שבוודאי אינם עולים כדי עבירת הסתה, ומאידך, כאשר הוגשו כתבי אישום, הענישה איננה משמעותית, כפי שעולה מעניין עבאדין. בעניין ביומלי³ נעשה שימוש בסעיפים דומים מתוך הפקודה למניעת טרור אבל גם שם מדובר בענישה ברף הנמוך. כל עוד המדינה לא מיצתה את יכולתה לטפל בפרסומי שנאה והסתה בדרך הפלילית, הן מבחינת יצירת מדיניות ברורה של העמדה לדין והן מבחינת גוף פסיקה המסוגל להתמודד עם העניין, אין שום מקום להרחיב את סמכויותיה גם לכיוון המשפט המנהלי.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

יד. כדאי להעיר גם כי ניסיונות להטיל צנזורה על רשתות חברתיות, מנועי חיפוש ואתרי אינטרנט אחרים – אינם חדשים והתרחשו כבר בעבר, אם כי ממניעים אחרים. כך, בשנים 2011 - 2012 עלו לדיון ציבורי שתי הצעות חוק אמריקניות שביקשו להילחם בפיראטיות ברשת: האחת – Stop Online Piracy Act (SOPA) והשנייה – Protect IP Act (PIPA). אחד מטיעוני הנגד כבדי המשקל כנגד הצעות חוק אלו היה כי הן תאפשרנה צנזורה של תוכן על ידי חברות פרטיות. ואף שמטרת האמצעים הדרקוניים שקבועים בחוק הינה לגיטימית – שמירה על זכויות הקניין הרוחני של בעליהן, מרגע שנפתח הסכר וצנזורה כזו תתאפשר - ניתן יהיה לנצלה לרעה לצרכים אחרים לרבות פגיעה ממשית בחופש הביטוי. מעבר לכך, הפגיעה בחופש הביטוי עלולה להתרחש אף כתוצאה מהסרת תוכן על ידי ספק השירות או מפעיל האתר שיהפוך להיות הזרוע הארוכה של בתי המשפט בקביעה מהו תוכן המפר זכות יוצרים.⁴

טו. אמנם, לכאורה, המקבילה המתאימה כאן היא ה Patriot Act האמריקני, אבל גם שם אין סמכות הסרת תוכן ולמעט פסק דין אחד של בית המשפט המחוזי בוויירג'יניה משנת 2011, שבו הורשע אדם ב"סיוע חומרי לארגון טרור" כהגדרתו בחוק⁵, החוק לא שימש לעניינים הדומים לתזכיר שלפנינו.

טז. עוד נציין כי בכל הנוגע לסעיפי ההסתה שבחוק העונשין, האיסור הפלילי חל על ה'מפרסם', ובהתאם להגדרה שבסעיף 34כד של החוק, המפרסם הוא מי שמפיץ תוכן "באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו... בכל מקום שהוא, או להפיצו בשידורי טלוויזיה... באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציעו לציבור באמצעות מחשב". נראה שהגדרה זו מאפשרת באופן עקרוני את הטלתה של האחריות הפלילית על הפצתם של דברי הסתה גם על מתווכי רשת הנוטלים חלק פעיל בהעלאת התוכן לרשת האינטרנט או בעריכתו. מוטב היה, בטרם פונים לצנזורה מנהלית, לבחון את האפשרות המשפטית להטיל אחריות פלילית על מתווכ רשת לדין פלילי בעבירות של הסתה לגזענות, לאלימות או לטרור.

יז. הצעת החוק יוצרת, בנוסף, חשש מפני מדרון חלקלק. בדומה להשלכות האפשריות שנדונו בזמנו של החוקים SOPA ו PIPA, החשש כאן, גם אם איננו מוזכר בפורש בתזכיר, הוא שבהמשך אם אתר אינטרנט או רשת חברתית שלא יסירו פרסום המסית לטרור או לא יצייתו לצו בית משפט להסיר תוכן, הם יחויבו באחריות עקיפה או תורמת למעשה הטרור⁶ בנוסף לאפשרות להרשיען בבזיון בית המשפט.

⁴ Rebecca MacKinnon, We're losing control of our digital privacy, CNN (Jan. 22, 2012), <http://edition.cnn.com/2012/01/26/opinion/mackinnon-sopa-government-surveillance/>; Ian Moskovitz, SOPA and the Battle Between Piracy and Privacy, The Quad (Dec. 5, 2011), <http://buquad.com/2011/12/05/sopa>

⁵ United States of America v. Emerson Winfield Begolly Criminal No 1:11 CR 326

⁶ Ian Moskovitz, SOPA and the Battle Between Piracy and Privacy, The Quad (Dec. 5, 2011), <http://buquad.com/2011/12/05/sopa>



המכון הישראלי לדמוקרטיה

יח. כדאי גם להעיר כי מנסחי ההצעה טורחים להדגיש שמדובר בסמכות שתיוחד "רק למקרים בהם המשך הפרסום עלול להביא לסיכון ממשי לאינטרסים המוגנים האמורים". אם כך הוא הדבר, אין זה מתיישב עם הוראות החוק הרחבות ועם המנגנון הפרוצדורלי הרחב. מצד אחר, אם הצעת החוק לא תטפל במה שמבקשים מנסחיה הפוליטיים להשיג, משום שתעסוק במקרים חריגים שבחריגים בלבד, זוהי, במידה רבה, אחיזת עיני הציבור.

3. היעדר סמכות שיפוט והתנגשות עם חוקי מדינות אחרות

א. בדברי ההסבר לתזכיר החוק נכתב כי "המאמץ למיגור תופעות אלה הוא מאמץ חוצה גבולות המצריך שיתוף פעולה בין ממשלות ושיטות משפט שונות... נדרש להעצים את היכולת לשתף פעולה עם מדינות שונות לצורך הסרת תכנים אלו". בפועל, מבקש התזכיר לעשות את ההיפך הגמור: להפוך את מדינת ישראל למדינה הראשונה מבין המדינות המתוקנות הפוגעת כך בחופש הביטוי המקוון, ועושה כן תוך אקסטרה-טריטוריאליות בוטה וללא שום שיתוף פעולה עם מדינות אחרות. ודוק: כל עוד המפרסם או האחראי לפרסום הוא ישראלי, אין בעיה של אקסטרה-טריטוריאליות אך ממילא אין צורך בהסדר שבתזכיר החוק!

ב. ראשית, נעיר כי היה מקום בתזכיר חוק העוסק בעניין כה רגיש, להביא דוגמאות לדרך שבה מדינות נאורות אחרות מתמודדות עם הבעיה, וכמובן להציג חקיקה השוואתית לפתרונות כאלה. לא בכדי התזכיר אינו כולל את אלה. מסקירתנו מאירת העיניים של ד"ר ירון אונגר מן המחלקה המשפטית של הכנסת עולה כי צווים להסרת תכנים על ידי רשויות מדינה קיימים בצורה מצומצמת ביותר ולא בכדי.

ג. הצעת החוק יוצרת עבור הפלטפורמות בעיית אקסטרה-טריטוריאליות קשה. לצורך העניין, טלו מצב שבו אזרח אמריקני מפרסם קריאה, המוגנת תחת התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, לביצוע מעשה טרור כנגד ישראל. במקרה כזה, דורש המחוקק הישראלי, לאחר שתתקבל הצעת החוק, כי רשת פייסבוק למשל, כחברה מסחרית היושבת בארצות הברית וכפופה לחוקיה, תסיר את הפרסום, ותפגע בזכותו החוקתית של האזרח האמריקאי. יתרה מזאת, הוא דורש ממנועי חיפוש בינלאומיים למנוע מאזרחי ארצות הברית אחרים, להגיע אל המידע.

ד. בעיקר לגבי חברות האינטרנט הגדולות (גוגל, פייסבוק, טוויטר) שמקום משכנן בארצות הברית, מתעוררת התנגשות בין תזכיר החוק לבין סעיף 230 ל **US Communications Decency Act (CDA) of 1996**. סעיף זה פוטר ספק שירותי מחשב ותקשורת המשמש כצינור בלבד להעברת תוכן, מאחריות לתוכן המפורסם, לפחות כל עוד לא קיבל הודעה על התוכן הפוגעני והמפר. אכן, ארגון החברה



המכון הישראלי לדמוקרטיה

האזרחית "שורת הדין" טען בהליך משפטי המתנהל בימים אלה נגד חברת פייסבוק בארצות הברית כי העובדה שהאלגוריתם של פייסבוק מאפשר לה לנתר את כל התוכן המועלה לפלטפורמה, והיא אף עושה שימוש באלגוריתם זה להפקת רווח כלכלי באמצעות התאמת פרסומות אישיות – הופכת אותה לחברה שאיננה צינור להעברת תוכן בלבד, ולפיכך אחראית. ואולם, הסוגיה טרם הוכרעה בבית המשפט האמריקני, והסיכוי שתוכרע בצורה שתחריג אותה אינו גדול⁷.

ה. אפשר לטעון כמובן כי ישראל תקנוס את המשרד המקומי של חברה בינלאומית, אבל כדאי להבין את טבען הבינלאומי של הרשתות כדי לעמוד על הבעייתיות שתיווצר: חברה בינלאומית תצטרך לשאת בעונש בישראל, אם תסיר מידע שבעצם הסרתו היא מפירה את זכותו החוקתית של משתמש במדינה אחרת. מעבר להיבט הנורמטיבי, הרי שהחשש כאן הוא פרקטי ולא מופרך כלל ועיקר: השוק הישראלי איננו "מדגדג" את החברות הבינלאומיות והן עשויות להחליט שלא להעניק שירותים לאזרחי ישראל.

ו. נוסף על כך, ניתן כבר היום להגיש כתבי אישום נגד מי שמפרסם פוסטים העשויים לסכן את בטחון המדינה או בטחון האזרחים, שהרי גם אם הוא נמצא בחו"ל הרי שאפשר לראות בפרסום עבירת הכנה כמשמעה בסעיף 7א (2) לחוק העונשין, ועוסקת במעשה הכנה לעבור עבירה שנעשו מחוץ לשטח ישראל ובלבד שהעבירה כולה או מקצתה הייתה אמורה להיעשות בתוך שטח ישראל. אם מדובר בהסתה העשויה לסכן אדם אחר (שאינו קשור לישראל) במדינה אחרת, הרי שממילא מה לנו להתערב. אם מדובר בביטוי שהשלכתו היא איום על רכושם, חיים ובטחונם של אזרחי ישראל או מי שקשור לישראל (כגון יהודים בעולם) ממילא נתיב זה קיים, ומוטב ככל שניתן להשתמש בו במקום להיכנס לבעייה האקסטרה-טריטוריאלית.

4. הצעת החוק איננה פרקטית וישימה בעולם דיגיטלי

א. בעולם דיגיטלי קשה מאד להסיר תכנים מרשת האינטרנט. הניסיון מלמד כי תכנים שניתן לגבם צו הסרה מוצאים מהר מאד את דרכם חזרה למרחב הווירטואלי באמצעות צילומי מסך ושיתופים אחרים. מחיקת התוכן לא תמנע את פרסומו שוב ושוב תחת שם משתמש אחר בכל אמצעי או בפלטפורמת תקשורת זמינה או באתר אינטרנט אחר, מנוטרים ושאינם מנוטרים, מוצפנים או שאינם מוצפנים. הניסיון לגבי צנזורה מוכיח בצורה ברורה כי פעמים שהסרת תוכן מסויים יוצרת תשומת לב ציבורית רבה יותר אליו.

⁷ראו עניין United States of America v. Emerson Winfield Begolly Criminal No 1:11 CR 326



המכון הישראלי לדמוקרטיה

ב. זאת, מבלי להזכיר פרוטוקולים שיתופיים המאפשרים להקים אתר אינטרנט שאינו ניתן להורדה הואיל והוא מאוחסן על מחשבים רבים. כתוצאה מכך יעילות החוק במניעת ההסתה מוטלת בספק. יתרה מזאת, דווקא הדרישה כי תינתן הסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה לעצם פתיחת ההליך ייצור עיכוב שבעולם דיגיטלי יאפשר למיליוני צפיות או עותקים של התוכן להתפזר במרחב הדיגיטלי. יודגש: הכוונה איננה שלא ניתן לאסדר את הרשת כלל, ויש לראות בה מערב פרוע לא מאוסדר. אלא, שיש מחירים לאסדרה, וצריך להיות מודעים אליהם היטב.

ג. גם אם תעבור הצעת החוק, היא לא תוכל, ברוב המקרים, למחוק תכנים באופן מוחלט מרשת האינטרנט. הסרת התכנים תתבצע, בפשטות, מעיני אזרחי ישראל בלבד. האם העובדה שלא נוכל לראות את ההסתה, משמעותה שההסתה לא תתקיים? התשלום הדמוקרטי של פגיעה בחופש הביטוי ישולם, אך המטרה של מניעת הסתה לא תושג. בייחוד, אם למעשה הכוונה היא למנוע אפשרות לתכנן פיגועים באזרחים ישראלים. בתור דוגמא: נניח שתושב השטחים מפרסם פוסט הקורא לזרוק אבנים על מתנחלים. במה תועיל מחיקת הפוסט מעיני...ישראלים?

ד. יש גם לזכור שבמקרים כאלה גדל אי השוויון במידע. בעלי האוריינות הדיגיטלית הגבוהה, יהיו בעלי נגישות למידע ויוכלו למצוא את התוכן שהוסר, בעוד שמשתמשים אחרים לא יוכלו לגשת אליו.

5. הצעות לתיקון:

- יש להעניק את הסמכות לא לבית המשפט לעניינים מנהליים אלא לבית המשפט המחוזי, בדומה להסדרים הנוגעים למעצרים מנהליים.
- יש להצמיד את ההגדרה של פרסום טעון הסרה לסעיף 24 (ב) לחוק המאבק בטרור. הסעיף, העוסק בקריאה ישירה למעשה טרור או שבח/אהדה/תמיכה שבנסיבות העניין יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור, מוגדר בצורה טובה יותר ומהודקת יותר מאשר ההצעה שבתזכיר.
- יש לאפשר את תחולת החוק רק במקרים שבהם לא ניתן להגיש כתב אישום ויש להגביל את תחולת החוק כך שלא יחול על אזרחי ישראל או על מי שניתן להבאה לישראל לצורך העמדה לדין. במקביל, יש לאפשר מסלול שבו החוק יחול אם בית המשפט שוכנע, מנימוקים שיירשמו, שיש דחיפות מיוחדת בהסרת המידע. ואולם, במקרים אלה יש להחליף את נוסחת האיזון המצויה בסעיף 24(ב) לחוק הטרור בנוסח של וודאות קרובה לעשיית מעשה טרור.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

- יש לאפשר דיונים במעמד צד אחד רק מנימוקים שיירשמו. יש לבטל את סעיפים 5-6-7 ולהחליפם בהסדר מידתי יותר בנוגע לשימוש בראיות חסויות.
- בכל מקרה אין לאפשר מתן צו למנוע חיפוש (להבדיל מרשת חברתית) להסיר תוכן לפני שנקבע בהליך פלילי מסודר כי מפרסם תוכן עבר עבירה פלילית לפי חוקי מדינת ישראל.