



מר אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסטר
נשיא

מר ברנרד מרכוס
יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר
יו"ר המועצה הבינלאומית

חברי הוועד המנהל

מר חן ליכטנשטיין
גב' מזל מועלם
מר סלי 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

השופט רוזלי טילברמן אבלה, קנדה
ד"ר מריון אינדיק, ארה"ב
פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה
השופט דורית בניש, ישראל
השופט סטיבן ברייד, ארה"ב
ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה
השופט דליה דורנר, ישראל
פרופ' רונלד 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 טפנטס, ארה"ב
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל
השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

פרופ' מרדכי קרמיניצר, מחקר
פרופ' ידידיה צ'י שטרן, מחקר
ד"ר ישי ג'סיין פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמיחי אילון
פרופ' חנוך דגן
פרופ' תמר הרמן
פרופ' שחר ליפשיץ
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' גרעון רהט
פרופ' יובל שני

מייסד

ד"ר אריק כרמון

יו"ר של כבוד
ד"ר ג'ורג' שולץ

לכבוד

ח"כ ניסן סלומינסקי, יו"ר וועדת החוקה חוק ומשפט

ח"כ אורי מקלב, יו"ר וועדת המדע והטכנולוגיה

חברי וועדות החוקה והמדע של הכנסת

הנדון: הצעת חוק הסרת תוכן המהווה עבירה מרשת האינטרנט התשע"ו-2016

הצעת חוק זו משקפת צורך להתמודד עם תוכן פוגעני ברשתות החברתיות אבל ההסדר המוצע בה הוא הסדר בלתי ראוי במדינה דמוקרטית וזאתמן הטעמים הבאים:

1. הצעת החוק פוגעת פגיעה קשה, בלתי חוקתית ובלתי מידתית בזכות לחופש ביטוי. היא יוצרת כלי מנהלי חדש להגבלת ביטוי שהוא רחב פי כמה וכמה מפקודת העיתונות המנדטורית שבוטלה אך לפני שנה.
2. מתן האפשרות לשופט מנהלי להחליט אם נעברה עבירה פלילית הוא חסר תקדים במשפט מדינת ישראל (להבדיל מן החקיקה המנדטורית שאיננו רוצים להתגאות בה).
3. הבחירה בנוסחת איזון של "אפשרות ממשית" לפגיעה ולא במבחן הוודאות הקרובה, היא חריגה מן התיאוריה החוקתית של חופש הביטוי בישראל.
4. ההסדר המוצע בהצעת החוק מדבר בלשון כפולה. מצד אחד, עיקר ההנמקה בדברי ההסבר הוא הצורך לטפל במקרים של הסתה לטרור. מצד שני, ההסדרים הרחבים שבחוק יחשפו את אזרחי ישראל לסכנת צנזורה מטעם המדינה במקרים נוספים ורחבים, עד כדי מקרים של התנגדות למעשים שלטוניים כאלה ואחרים.





המכון הישראלי לדמוקרטיה

5. הבחירה בדרך של מניעה מוקדמת של ביטוי במקום ענישה מאוחרת על אמירתו, ואי ההצמדה בין הגשת כתב אישום פלילי, ככל שמדובר באזרחי ישראל ובמי שניתן להביאו לדין בישראל, לבין הסרת התוכן – מהווים צנזורה דה פקטו.

6. ההיבט הפרוצדורלי של הצעת החוק, ובראשו האפשרות להעניק את הצו במעמד צד אחד והאפשרות להשתמש בראיות שאינן קבילות – מגביר עוד את הפגיעה בזכות לביטוי.

7. הצעת החוק מציעה הסדרים בלתי ישימים, שעיקרם שתוכן פוגעני יוסר רק מעיני משתמשי האינטרנט בישראל ולפיכך לא בהכרח ימנע הסתה לאלימות ולטרור נגד אזרחים ישראלים.

8. תזכיר החוק יוצר בעיית סמכות שיפוט, אשר בין השאר תעמיד 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



1. הקדמה קצרה: התסכול מובן אך הדרך אינה מתאימה

התסכול העומד ביסוד הצעת החוק מובן לגמרי. המהפכה הדיגיטלית היא מהפכה 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 המטים 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, ושאינן הכללים על ידן נעשית לרוב בלא הנמקה וללא שקיפות מספקת.
- מתברר שיצר לב האדם רע מנעוריו, אבל עוד יותר כאשר הוא פועל מול "מכונה". קל להביע דעות פוגעניות, גזעניות ושונאות זרים ולשתף הלאה דעות מרושעות, שנאה ורוע שכתבו אחרים.

עם זאת, הצעת החוק איננה מתמודדת עם אתגרים אלה בצורה המתאימה למדינה דמוקרטית, ונדגיש - גם 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 בלתי מידתית בזכות לחופש ביטוי בכך שהיא יוצרת מהלך חסר תקדים בהיקפו של מתן אפשרות לרשויות המדינה לדרוש הסרה של פרסומים מן המרחב הציבורי.

ב. אכן, אין מדובר בצנזורה מוקדמת – משום שהפרסומים נמצאים כבר ברשת האינטרנט כלומר הציבור כבר נחשף אליהם, אך גם אין מדובר בענישה מאוחרת באמצעות הדין הפלילי על ביטוי שכבר נאמר. דברי ההסבר להצעת החוק מדגישים כי "כלי זה ישמש על פי המוצע את הרשויות לצד הכלי הפלילי ולא כתחליף לו. בשונה מהדין הפלילי המכוון נגד מפרסם התוכן ובהתאם לכך עניינו בענישת מפרסם שעבר עבירה, נועד הכלי המוצע, שהוא **כלי מינהלי במהותו** לאפשר התמודדות... עם התוכן המזיק עצמו, במטרה להקטין את הסיכון הנשקף ממנו".

אכן, אין מדובר בצנזורה הנכפית על ידי פוליטיקאי או על ידי פקיד, יהא זה שר הפנים בפקודת העיתונות הזכורה לשמצה או הצנזור הצבאי מכוח תקנות ההגנה המנדטוריות הבעייתיות, אלא על ידי בית המשפט, אך אין גם מדובר בהליך פלילי דווקני או בסעיפים קונקרטיים של חוק בתי המשפט המאפשרים מתן צווי איסור פרסום בצמוד להליך משפטי.

מדובר בהליך בבית משפט מנהלי, ששמרעת תחולתו היא אדירה - הסרת פרסומים מרשת האינטרנט (כאמור בסעיף 2 להצעת החוק) וכן חסימה או הסרת עותקים של פרסומים אלה



שפורסמו ברשת האינטרנט לפני מתן הצו או בתוך שישה חודשים מיום שניתן (כאמור בסעיף 5 להצעת החוק).

לפיכך, ללא ספק - מדובר בצנזורה. אמנם, לא צנזורה במשמעותה הפשוטה אלא ב"צנזורת ביניים", אבל מכל מקום - מדובר במרחב עצום של הגבלת ביטוי - שלא היה קיים עד היום במערכת החקיקה במדינת ישראל.

ג. 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. זאת, משום שבתי המשפט תפסו את עיקר הפגיעה בחופש הביטוי כנעוצה בהרתעה - או במה שמכונה "האפקט המצנן" - על יכולתו של הפרט למימוש חירותו הבסיסית וסגולותיו האישיות. חופש הביטוי נתפס, בנוסף, כתנאי הכרחי להחלפת דעות, לזרימת מידע ולקיומו של שיח חופשי - שבלעדיהם לא ניתן לגבש עמדה בנושאים שונים ובוודאי שלא ליטול חלק בהליך הדמוקרטי. כמובן שבלא חופש ביטוי אין יכולת לקיים פיקוח אפקטיבי על השלטון.

ד. אדגיש: העובדה שביטוי מסוים נחזה להיות עבירה פלילית לא בהכרח מאיינת את חשיבותו לשיח הציבורי. אך לפני שבועות ספורים ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין המכונן בעניין אליצור סגל¹, שבו קבע בית המשפט כי באותו מקרה עבירת העלבת עובד ציבור, ששתי ערכאות סברו שהתקיימה, היא למעשה חלק מחופש הביטוי הפוליטי - כלומר מוגנת בתוך ליבת הזכות לביטוי..

ה. מנסחי הצעת החוק מודעים לחשש הכבד מפני פגיעה בחופש הביטוי אבל נדמה שהם עושים כן מן השפה ולחוץ בלבד, משום שההסדרים המופיעים בהצעה מאפשרים פגיעה רחבת היקף ומעבר לנדרש בזכות זו.

3. תכלית הצעת החוק: לא התמודדות עם טרור אלא שליטה בשיח המקוון ופגיעה בחופש הביטוי הפוליטי

א. הצעת החוק משקפת שתי תכליות. התכלית האחת היא התמודדות עם הסתה לטרור, בעוד שהתכלית האחרת היא ניסיון מצד המדינה לשלוט בשיח המתקיים ברשתות החברתיות ובמידה מסויימת גם במנועי החיפוש. למעשה, הצעת החוק מסתרת מאחורי טיעון חלול של ניסיון להתמודד עם טרור, כשמטרתה האמיתית היא הגבלת חופש הביטוי ברשתות החברתיות.

ב. דברי ההסבר להצעת החוק קובעים כי "יש המנצלים את רשת האינטרנט לביצוע עבירות כגון: פרסום דברי הסתה לאלימות או לטרור, עבירות מין, פרסומים שיש בהם פגיעה שאינה מוצדקת בפרטיותו של אדם, ועוד". מיד לאחר מכן נכתב כי "בעת האחרונה קיימת מגמה עולמית של עלייה בהיקף השימוש באינטרנט לצורך פרסום תכנים מזיקים. מגמה זו הובילה, בין השאר, לעלייה ברף האלימות ובהסתה לטרור במדינות שונות בעולם". ולאחר מכן מדובר על "פרסומים מזיקים" ועל העובדה שמאפייני האינטרנט - כמו זמינות, מהירות, נגישות,

¹רע"פ 5991/13 אליצור סגל נ. מדינת ישראל.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

תפוצה וגלובליות – יוצרים פגיעה אפשרית בביטחון של אדם, בביטחון הציבור או בביטחון המדינה.

ג. הצעת החוק ממשיכה וקובעת כי עניינה הוא "ביצירת כלי נוסף שימש את גורמי האכיפה בהתמודדות עם התופעה", אך **סותמת מלפרש באיזו תופעה מדובר**. יתרה מזאת, בהמשך היא קובעת כי החוק לא נועד להתמודד עם כל סוגי הפרסומים הפוגעניים, ובהמשך קובעת כי "גל הטרור הפוקד את מדינת ישראל בחודשים האחרונים (כך לשון דברי ההסבר!!! ת.ש.א.), בין השאר כתוצאה מההסתה הקשה ברשת האינטרנט, כמו גם פרסומים אחרים המהווים עבירות פליליות ומסכנים את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה, מצריכים קביעת כלי חדש וייחודי שיאפשר התמודדות יעילה עם פרסומים כאמור".
ד. אם מנסחי הצעת החוק מבקשים באמת ובתמים לסייע במלחמה בטרור, עליהם להסביר:

- כיצד דעך גל הטרור שלשיטתם נבע מההסתה הקשה ברשת – גם מבלי שנתקבל ונאכף החוק שלפנינו?
- מדוע לא יצמצמו את תחולת החוק למקרים שבהם קיימת וודאות קרובה לסכנה לביטחונו של אדם או לביטחון המדינה, וישמיטו את הביטוי "בטחון הציבור", שהוא – כאחיו התאום "שלום הציבור" – אינו מיועד לטפל בטרור כי אם בהקשרים מגבילי ביטוי אחרים כמו העלבת עובדי ציבור?
- מדוע לא תוצמד ההגדרה של פרסום טעון הסרה לסעיף 24 (ב) לחוק המאבק בטרור²

² וזו לשונו של סעיף 24 לחוק המאבק בטרור תשע"ו 2016:

24. (א) העושה מעשה של הזדהות עם ארגון טרור, לרבות בדרך של פרסום דברי שבח, תמיכה או אהדה, הנפת דגל, הצגה או פרסום של סמל, או הצגה, השמעה או פרסום של סימאה או המנון, באחד מאלה, דינו – מאסר שלוש שנים:

- (1) בפומבי, במטרה להזדהות עם ארגון הטרור;
 - (2) בנסיבות שבהן יש אפשרות ממשית שהדבר יביא לביצוע מעשה טרור או עבירה לפי סעיפים 22, 23, 25 או 29.
- (ב) העושה אחד מאלה, דינו – מאסר חמש שנים:
- (1) מפרסם קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור;
 - (2) מפרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו, ועל פי תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור.
- (ג) העושה אחד מאלה, דינו – מאסר שנתיים:
- (1) מחזיק, לשם הפצה, פרסום כאמור בסעיף קטן (א) שעל פניו מגלה הזדהות עם ארגון טרור, או פרסום כאמור בסעיף קטן (ב);
 - (2) נותן שירות לשם הכנה, ייצור פרסום או הפצה של פרסום כאמור בפסקה (1).
- (ד) פרסום דין וחשבון נכון והוגן על הפרסום האסור לפי הוראות סעיפים קטנים (א) או (ב), אינו מהווה עבירה לפי סעיף זה.
- (ה) לא יוגש כתב אישום לפי סעיף זה אלא באישור היועץ המשפטי לממשלה.

מעשה טרור מוגדר בחוק בדרך הבאה:

"מעשה טרור" – מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:
(1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;



המכון הישראלי לדמוקרטיה

העוסק בקריאה ישירה למעשה טרור או שבח/אהדה/תמיכה שבנסיבות העניין יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור?
▪ מדוע אין החוק עוסק רק במי שמסית לטרור אך לא ניתן להעמידו לדין בישראל בגין העבירות הנוגעות לכך – ולכן יש צורך להתמודד עם התוכן שהוא מפיץ?

ה. הקשר שבין תוכן ברשתות החברתיות לבין מעשים בפועל הנוגעים לביטחון של אדם, אינו קשר ישיר וברור כפי שנראה מדברי ההסבר להצעת החוק. המחקרים המסוגלים להוכיח קשר ישיר בין המציאות הווירטואלית לבין מעשי טרור אינם קונקלוסיביים. כדאי גם לזכור, כפי שקבעה השופטת נאור בעניין סגל³, כי פרסומים ברשת מגיעים לקהל שאינו עשוי מקשה אחת. **"על רשויות האכיפה ובתי המשפט לשים מבטחם ביכולתו של הציבור לבחון באופן ספקני וביקורתי פרסומים המובאים לפניו"**.

ו. כעולה מן הדברים, דברי ההסבר להצעת החוק – כמו התבטאויות מצד גורמים פוליטיים אחרים – מלמדים כי התכלית הביטחונית להסדר המוצע בהצעת החוק היא תכלית למראית עין, לפחות באופן חלקי, ועיקר מטרתו של החוק להרחיב את פרישתו מעבר לשיקולי הסתה לאלימות או לטרור – אל ביטויים פוליטיים שונים, הנכתבים ומתפרסמים על ידי אזרחי מדינת ישראל, והעשויים להיתפס ככאלה המסכנים את "בטחון הציבור".

(2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;

(3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:

(א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;

(ב) פגיעה חמורה בבריאות הציבור או בבריאותו;

(ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור;

(ד) פגיעה חמורה בקודשי דת; לעניין זה, "קודשי דת" – מקום פולחן או קבורה ותשמישי קדושה;

(ה) פגיעה חמורה בתשתיות, במערכות או בשירותים חיוניים, או שיבוש חמור שלהם, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה;

לעניין הגדרה זו –

(א) נעשה המעשה או האיום כאמור בפסקה (3)(א) תוך שימוש בנשק או בסכין, יראו אותו כמעשה טרור גם אם לא התקיים בו האמור בפסקה (2);

(ב) נעשה המעשה או האיום תוך שימוש בנשק כימי, ביולוגי או רדיואקטיבי, בחומר מזיק או במיתקן רגיש, או תוך פגיעה במיתקן רגיש, העלולים לפי טיבם או סוגם לגרום לפגיעה חמורה בשטח גדול או בציבור גדול, יראו אותו כמעשה טרור גם אם לא התקיים בו האמור בפסקאות (2) או (3);

(ג) נעשה המעשה או האיום על ידי ארגון טרור או על ידי חבר בארגון טרור, חזקה כי התקיים האמור בפסקאות (1) ו-(2); עורר נאשם ספק סביר לעניין זה, יפעל הספק לטובתו;

(ד) אין נפקא מינה אם המניע או המטרה המנויים בפסקאות (1) ו-(2) היו המניע או המטרה הבלעדיים או העיקריים למעשה או לאיום;

(ה) נשק – למעט חלק ואבזר כאמור בסעיף 144(ג) לחוק העונשין;

³פסקה 53 לפסק הדין בעניין סגל לעיל.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

בטחון הציבור, בתורו, יכול להתפרש כניסיון לקעקע את אמון הציבור בשירות הציבורי או התנגדות נחרצת לשלטון מסויים.

ז. לכן, תכלית הצעת החוק היא לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי של אזרחי ישראל לא פחות משהיא להגן עליהם מפני הסתה לטרור.

ח. "בלא חופש ביטוי פוליטי", כתבה השופטת איילה פרוקצ'יה בעניין "המפקד הלאומי"⁴, "מאבדת הדמוקרטיה את חיותה ואת חיוניותה, ומפנה את מקומה למשטר של אפלה, הפועל רחוק מעיניו של הפרט, ורחוק גם מן העין הציבורית. בלא חופש ביטוי פוליטי, נעלם גם חופש הביטוי בתחומי החיים האחרים, התרבות והיצירה האנושית נבלמים, ההגות והמחשבה קופאים, והקידמה האנושית נעצרת. יחד עימם נעלמת יכולתו של הפרט לפתח את כשרונותיו, ולהגשים את עצמיותו; זרימת המידע והאינפורמציה על מהלכיו של השלטון, שהם תנאי הכרחי לקיום ביקורת ציבורית על המשטר, משתתקת".

ט. חובה לזכור כי עצם העובדה שמדובר בהחלטה של שופט ולא של פקיד, איננה בהכרח ערובה לאי פגיעה בזכויות האדם. שימוש לרעה בהליך משפטי, ולמצער שימוש מיותר בהליך כזה, כשמדובר בביטויים המכוונים נגד נציגי השלטון, אינו מופרך כשלעיתים הגורמים האמונים על האכיפה הם בעלי השפעה. ניסיון העבר מלמד כי החשש לא נותר תמיד תיאורטי גרידא.

י. בנוסף, התפיסה לפיה כדאי ליצור מערכת "הכל כלול" בהצעת החוק (בריונות רשת, העלבת עובד ציבור, ביטויי שנאה, המרדה וגם הסתה לאלימות ולטרור) היא תפיסה שגויה. מדובר בסוגים שונים של עבריינות, ברמות סיכון שונות של התממשות מעשים כתוצאה מן הביטויים, בקהלי יעד שונים ובאיזונים שונים בין אינטרסים. גם בחוק הפלילי המסורתי אין עירוב בין סוגים אלה של עבירות ואין סיבה לעשות זאת כאן.

4. הפגיעה בזכות לחופש ביטוי היא לא מידתית והתנאים הקבועים בחוק להסרת תוכן הם רחבים וחסרי תקדים בשיטה המשפטית שלנו.

א. סעיף 2 להצעת החוק קובע שני תנאים מצטברים שבהתקיימם יוסמך בית המשפט לתת צו להסרת תוכן מרשת האינטרנט. התנאי הראשון הוא **שפרסום התוכן מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית**. התנאי השני - שהמשך הפרסום יצור אפשרות ממשית לפגיעה בביטחון של אדם, בביטחון הציבור או בביטחון המדינה.

ב. באשר לתנאי הראשון, קובע סעיף 2 כי "בית משפט לעניינים מנהליים רשאי...ליתן צו להסרת תוכן... אם שוכנע כי פרסום התוכן האמור מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית". דברי ההסבר מוסיפים ומבהירים כי **אין מדובר בדרישה להוכחת כל יסודות העבירה** ברף ובדרכי ההוכחה הנדרשים בהליך פלילי.

ג. כלומר, הצעת החוק למעשה מבקשת להקנות **לבית משפט מנהלי** את הסמכות לקבוע שנעברה **עבירה פלילית** וזאת ללא ראיות וסדרי דין הנדרשים בהליך פלילי, ולעתים במעמד צד אחד. 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!⁵

בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי נ. היועץ המשפטי לממשלה, בעמ' 854.
⁵ אכן, גם בהליכי מעצר עשוי בית משפט להגיע למסקנה שיש חשש לעבירה על סמך תשתית ראייתית חלקית. ואולם, הוא כפוף לסדרי הדין הפליליים וברור לכל שמדובר בהליך שמטרתו להיצמד להליך פלילי לכל דבר ועניין.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

ד. הכרעה האם מעשה מסויים מהווה עבירה, בייחוד כאשר מדובר בעבירות מגבילות ביטוי – היא מורכבת. די אם נזכיר את הדיונים הארוכים שניהלו ערכאות שונות בשאלות של הגדרת עבירות ביטוי שונות (כגון הסתה לגזענות או הסתה לאלימות)⁶ וכמובן – לאחרונה ממש – העלבת עובד ציבור בעניין אליצור סגל) ונוכל בנקל להבין כי לא הגיוני, לא חוקי ולא חוקתי, להעניק לבית משפט לעניינים מנהליים סמכות להכריע מה נחשב עבירה פלילית ומה לא וזאת במהירות וללא כל עמידה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי.

ה. בייחוד כאשר דובר בביטויים בעלי אופי פוליטי, קבעה הנשיאה (דאז) נאור כי יש לפרש עבירות מגבילות ביטוי בצורה מצמצמת ביותר, וכלשונה בתוך פסק דין סגל⁷: "אני סבורה כי יש לקבוע שביטויים פוליטיים יהיו מוגנים כמעט תמיד מפני תחולת עבירת ההעלבה". **אם כך הוא הדבר, כיצד יוכל לבוא שופט בית משפט מנהלי ולקבוע אחרת?**

ו. יתרה מזאת, הצעת החוק מבקשת להסמיך את בית המשפט לתת צו לחברות פרטיות המשמשות פלטפורמה למימוש חופש הביטוי להסיר מידע או להסיר קישורים אל מידע **שלא נקבע מפורשות שהוא מידע בלתי חוקי** ושנמצא ברשת האינטרנט. נסביר: בשום שלב לא עולה מהצעת החוק כי הפרסום יהפוך להיות בלתי 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 בדיון. שנית, גם פרסום שמפרסמו הועמד לדיון פלילי ואף הורשע, אינו בהכרח הופך לפרסום שאינו מוגן עוד על בסיס הזכות לחופש ביטוי.

ז. עוד אוסיף: 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 קישורים⁸, עסקה בפרסום **שכבר נקבע בהליך מסודר שהיווה לשון הרע או עבירה פלילית**. בהיעדר קביעה כזאת, הצעת החוק למעשה מבקשת להסמיך את בתי המשפט לדרוש ממפעילי אתרי אינטרנט וממנועי חיפוש להסיר מידע חוקי או קישורים למידע חוקי. 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.

ח. באשר לתנאי השני, הצעת החוק קובעת כי יש להשתכנע שהמשך הפרסום יצור **אפשרות ממשית לפגיעה בביטחון של אדם, ביטחון הציבור או בביטחון המדינה**. כפי שכבר נכתב לעיל, אם הכוונה היא להתמודד עם תופעת "טרור ההשראה" אין צורך להוסיף את עילת הפגיעה בביטחון הציבור ודי לכלול את עילות בטחון של אדם ובטחון המדינה.

ט. חשוב מזה: 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

⁶די להזכיר כאן את עניין ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל.
⁷פסקה 38 לפסק הדין.

⁸ראו למשל ע"א 44711-11-14 סביר נ' בר נוי ואח' (מחוזי ת"א).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

שנכתב בדברי ההסבר "הכוונה היא לפרסומים שהסיכון הנשקף מהם אינו סיכון עקיף ותאורטי, סיכון בעלמא", לא ברורה הקביעה בסעיף 2 להצעת החוק כי ניתן להסיר מידע כאשר נראה לבית המשפט שיש בהמשך פרסום התוכן כדי "לסכן באופן ממשי". **מדובר למעשה בשינוי האיזון החוקתי הקיים היום במדינת ישראל.**

י. מבחן הוודאות הקרובה אומץ לא רק במקרים של מניעה מוקדמת של ביטוי אלא אפילו כאשר היה צורך לאפיין את נוסחת הקשר ההסתברותי בעבירות פליליות מגבילות ביטוי, כגון עבירת ההסתה לגזענות (אלבה⁹) ועבירת העלבת עובד ציבור (אונגרפלד¹⁰). אם כך הדבר – הצעת החוק פוגעת באופן כפול בזכות לחופש ביטוי. הן בכך שהיא פוטרת מן הצורך ברמת הוכחה פלילית רגילה, הן בכך שהיא בוחרת בנוסחת איזון שאינה מקובלת במשפט החוקתי הישראלי.

יא. נחזור שוב למושכלות ראשונים המתבטאים בדבריו של הנשיא דאז אגרנט בעניין "קול העם"¹¹: "אותה גישה של "נטיה רעה" מתאימה אולי לשיטה הפוליטית הנהוגה במדינה המושתתת על משטר אוטוקרטי או טוטליטרי, אך היא מסכלת או לפחות עושה לבלתי יעיל, את השימוש באותו תהליך המהווה עצם מעצמו של כל משטר דמוקרטי - דהיינו, התהליך של בירור אמת". "הצנזור", מצטט אגרנט את המלומד זכריה צ'פי, "הוא המסוכן מבין כל האויבים של חופש העיתונות ואינו צריך להתקיים במדינה אלא אם יש הכרח בכך מחמת סכנות בלתי רגילות", והוא ממשיך וכותב כי מה שמקנה לשימוש באמצעי מהסוג המונע את אופיו החרוף והדרסטי הוא ההכרה הכללית, "שעוד טרם נולד על אדמות פקיד שהוא חכם או רחב לב עד כדי שישכיל, או ירצה, להפריד בין רעיונות טובים לגרועים, בין אמונות טובות לרעות". אין כל סיבה להניח ששופט בית משפט מנהלי, ללא סדרי דין פליליים, יהיה טוב מכל פקיד בהקשר זה. יב. אמנם, נוסחת האיזון של סיכון ממשי היא נוסחה הקיימת בחוק הטרור החדש, אבל אם כך הוא, יש להצמיד את הגדרת התוכן הפוגעני לזו של חוק הטרור, ולא להרחיב את נוסחת הקשר בד בבד עם הרחבת משרעת סוגי הפגיעה.

5. הפרוצדורה וההליכים הקבועים בהצעת החוק רחבים מידי ופוגעניים

א. אף שסעיפים 3 (א), (ב) להצעת החוק קובעים כי ככלל יוזמנו לדיון בהסרת תכנים - מפרסם התוכן, הבעלים, המנהל או המפעיל של אתר האינטרנט שבו פורסם התוכן האמור, מכל מקום הצעת החוק מאפשרת בצורה קלה 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, ולהסיר את ההתבטאויות האלה מרשת האינטרנט – והכל במעמד צד אחד וללא צורך בנימוקים שיירשמו לשם כך.

ב. לא זו אף זו, סעיף 7 מאפשר לקבל החלטה גם על סמך ראיות שאינן קבילות במשפט, וסעיפים 10-11 מאפשרים לקבל החלטה על סמך מידע חסוי, ואם המידע החסוי התגלה –

⁹ ראו עניין אלבה לעיל.

¹⁰ ראו דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ. מדינת ישראל.

¹¹ בג"צ 73/53 קול העם נ. שר הפנים פ"ד ז 871.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

לדרוש מבית המשפט לא להתחשב בו. גם אם יש היגיון בסעיף זה ככל שהמדובר בהסתה לטרור, מכל מקום הוא בוודאי אינו מתאים כשמדובר בהקשרים של עבירות מגבילות ביטוי מסוג אחר ובפגיעה בבטחון הציבור ולא בבטחונו של אדם או בבטחון המדינה.

ג. בהתאם לסעיף 2(ד) נדרש אישור בכתב של היועץ המשפטי לממשלה או מי שהסמך לצורך כך כדי להגיש בקשת הסרת תוכן. לכאורה, עניין ראוי בהתחשב בפגיעה הקשה בחופש הביטוי ובדרישה הקיימת לקבל אישור זה לצורך הגשת כתבי אישום בעבירות מגבילות ביטוי. עם זאת, יש בכך כדי לחדד את הפרדוקסליות של ההצעה: אם כל כוונתה למנוע מצב של התפשטות ביטוי מסויים במהירות האפשרית, ולכן יש צורך בכלי מנהלי ואי אפשר להסתפק בכלי הפלילי הרגיל, הרי שהדרישה לקבל אישור היועץ המשפטי לממשלה הכרחית תאט את התהליך ותהפוך את הסיטואציה של דרישת הסרת התוכן שעה שהוא כבר נפוץ במרחבים הדיגיטליים - לפארכה. אין בכוונתי לטעון שהאישור לא נדרש, אלא אך להצביע על כך שהאמצעים שנבחרו אינם בהכרח כאלה שיוכלו לטפל במטרה שאותה מבקשת הצעת החוק להשיג.

ד. לכן, בסיכומי של דבר המנגנון שנוצר הוא מנגנון מעורפל ורחב מאד שגם בהיבט הפרוצדורלי מעורר חשש משמעותי לפגיעה בזכות לחופש הביטוי.

6. הפתרון: הצמדה של הסרת ביטוי להגשת כתב אישום פלילי

א. 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 רשויות התביעה עם פרסומים המהווים עבירה ושיש בהם סיכון כאמור, שיעמוד לצד הכלי הפלילי (ולא כחלופה לו)".

ב. מדוע לא נבחרה דרך המלך ההגיונית בהקשר זה – הסמכת שופטים להעניק סעד זמני של הסרת תוכן מקום שבו מוגש כתב אישום פלילי וכחלק מן ההליך הפלילי, צו שיהפוך לקבוע אם יחליט בית המשפט להרשיע את הנאשם ואם יחשוב שראוי לעשות כן? זה למעשה ההסדר המתבקש שיכול היה להתמודד עם הצורך שעליו מצביעה הצעת החוק באופן מידתי. במקום זאת סעיף 6 להצעת החוק עוסק אך ורק בהסרת תוכן לאחר שכבר היתה הרשעה פלילית בגין פרסומו.

ג. יש להניח כי מנסחי ההצעה מבקשים להתמודד באמצעותה עם תכנים שמי שאחראי להם איננו נמצא במקום שבו ניתן להגיש נגדו כתב אישום – כלומר מחוץ לגבולות ישראל. ייתכן שנכון לאפשר זאת, ואולם – במקביל להשגת מטרה זאת הצעת החוק יוצרת סיכון של ממש עבור אזרחי ישראל משום שנוסחה אינו מוגבל רק למקרים שבהם לא ניתן להגיש כתב אישום נגד המפרסם עצמו (או אפילו נגד האחראי לפרסום).

ד. 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 לשיורי 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 לחקירה פלילית מתנהלת או להגשת כתב אישום ולראות בה חלק מהליך פלילי ולא מהליך מנהלי, בדיוק כפי שאפשר לבקש מעצר לפני הגשת כתב אישום.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

ה. 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 ביומי¹² 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.

ו. לכאורה, המקבילה המתאימה כאן היא ה Patriot Act האמריקני, אבל גם שם אין סמכות הסרת תוכן ולמעט פסק דין אחד של בית המשפט המחוזי בוורג'יניה משנת 2011, שבו הורשע אדם ב"סיוע חומרי לארגון טרור" כהגדרתו בחוק¹³, החוק לא שימש לעניינים הדומים לתזכיר שלפנינו.

ז. 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.

7. היעדר סמכות שיפוט והתנגשות עם חוקי מדינות אחרות

- א. בדברי ההסבר להצעת 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.
- ב. כדאי לזכור, כפי שנכתב למעלה שכל עוד המפרסם או האחראי לפרסום הוא ישראלי, אין בעיה של אקסטרה-טריטוריאליות, אך ממילא גם אין צורך בהסדר שבהצעה אלא יש לעשות שימוש בדין הפלילי הרגיל.
- ג. 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. מסקירתו מאירת העיניים של ד"ר ירון אונגר מן

¹² ת"פ 44790-12-14 מדינת ישראל נ' ביומי.

¹³ United States of America v. Emerson Winfield Begolly Criminal No 1:11 CR 326



המכון הישראלי לדמוקרטיה

המחלקה המשפטית של הכנסת עולה כי צווים להסרת תכנים על ידי רשויות מדינה קיימים בצורה מצומצמת ביותר ולא בכדי. החוק הגרמני החדש שעבר באוקטובר 2017 מציע הסדר שונה בתכלית ואין בו הסמכה של שום רשות מרשויות המדינה להוציא צווים להסרת תוכן. ד. הצעת החוק יוצרת עבור הפלטפורמות בעיית אקטסרא-טריטוריאליות קשה. לצורך העניין, טלו מצב שבו אזרח אמריקני מפרסם פוסט, המוגן תחת התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, הקורא להפגנה נגד מדינת ישראל או נציגיה. 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.

ה. בעיקר לגבי חברות האינטרנט הגדולות (גוגל, פייסבוק, טוויטר) שמקום משכן 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.

ו. אכן, ארגון החברה האזרחית "שורת הדין" טען בהליך משפטי המתנהל בימים אלה נגד חברת פייסבוק בארצות הברית כי העובדה שהאלגוריתם של פייסבוק מאפשר לה לנטר 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 גדול¹⁴. עוד נעיר כי ניתן לראות ממש בחודשים האחרונים בספרות המשפטית תחילתה של כתיבה המבקשת לתקן את סעיף 230 ל DCA וזאת לאור כוחן של הפלטפורמות הדיגיטליות, ואולם גם הצעות כאלה¹⁵ נוגעות לענייני לשון הרע ופרטיות ולא מבקשות להעניק סמכות מדינתית כה רחבה להסיר תכנים.

ז. 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.

ח. הצעת החוק יוצרת, בנוסף, חשש מפני מדרון חלקלק. בדומה להשלכות האפשריות שנדונו בזמנו של החוקים SOPA ו PIPA, החשש כאן, גם אם איננו מוזכר במפורש בתזכיר, הוא שבהמשך אתר אינטרנט או רשת חברתית שלא יסירו פרסום המסית לטרור או לא יצייתו

¹⁴ראו עניין United States of America v. Emerson Winfield Begolly Criminal No 1:11 CR 326
¹⁵ראו למשל את דבריו של פרופ' ג'ונתן זיטריין ממרכז ברקמן קליין לחקר האינטרנט והחברה באוניברסיטת הרווארד לאחרונה: <https://www.law.com/therecorder/sites/therecorder/2017/11/10/cda-230-then-and-now-does-intermediary-immunity-keep-the-rest-of-us-healthy/>



לצו בית משפט להסיר תוכן יחויבו באחריות עקיפה או תורמת למעשה הטרור¹⁶ בנוסף לאפשרות להרשיען בביזיון בית המשפט.

ט. 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.

8. 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.

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 תיצור 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?

¹⁶ Ian Moskovitz, SOPA and the Battle Between Piracy and Privacy, The Quad (Dec. 5, 2011), <http://buquad.com/2011/12/05/sopa>



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

9. הצעות לתיקון:

תיקונים הנוגעים למהות החוק:

א. אם כוונת החוק לעסוק בהסתה לטרור ברשתות, 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. 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.

ב. יש לאפשר את תחולת החוק אך ורק על מקרים שבהם לא ניתן להגיש כתב אישום בישראל ולכן יש להגביל את תחולת החוק כך שלא יחול על אזרחי ישראל או על מי שניתן להבאה לישראל לצורך העמדה לדין.

ג. יש ליצור אפשרות לתביעה לבקש צו הסרה זמני של תוכן, כחלק מניהול הליך פלילי, שבו תצטרך התביעה לשכנע את בית המשפט כי יש צורך להפסיק את התמשכות העבירה. יש ליצור הליך של השבת תוכן שהוסר אם אין הרשעה. אם תהיה הרשעה בעבירה, בסופו של דבר, כי אז ניתן יהיה להפעיל את סעיף 6 להצעת החוק.

ד. 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. זאת, משום שהסרת תוכן ממנוע חיפוש היא פגיעה קשה יותר בחופש הביטוי מאשר הסרת פוסט אחד מרשת חברתית.

תיקונים הנוגעים לפרוצדורה בהצעת החוק:

א. הסמכות בנוגע לחוק צריכה להינתן לבית המשפט המחוזי, בדומה להסדרים הנוגעים למעצרים מנהליים, ולא לבית משפט מנהלי.

ב. יש לאפשר דיונים במעמד צד אחד רק מנימוקים שיירשמו. יש לאפשר עיון חוזר בכל מקרה של החלטה במעמד צד אחד בלא שיהיה צורך בהוכחת חשיבות ציבורית בהמשך הפרסום כאמור בסעיף 8(2) להצעת החוק.

ג. יש לבטל את סעיפים 7-11 ולהחליפם בהסדר מידתי יותר בנוגע לשימוש בראיות חסויות.



ד. להבדיל מן ההסדר בנוגע לצנזורה הצבאית בישראל, יש לעגן בחוק חובת סימון במקום שבו הוסר תוכן בדרך שתאפשר למשתמש סביר לדעת כי מדובר בהסרת תוכן בשל צו שיפוטי של מדינת ישראל.

10. הערות לסיום

א. אפתח בדבריו של השופט לואיס ברנדייס בעניין ¹⁷Whitney: "אם יש זמן לגלות על ידי דיון את הכזב ואת הטעויות, ולמנוע את העוול על ידי תהליכים חינוכיים, אזי התרופה שיש לנקוט בה היא דווקא דיבורים ולא שתיקה שכופים אותה". למחוקקים העוסקים בסוגיות טכנולוגיות יש נטייה לעסוק במה שנמצא מעל פני השטח ולא בסוגיות היסוד והליבה. יש בזה מידה של היגיון: התלונות מגיעות לגבי מקרי קצה, קשה לפעמים להבין את סוגיות הליבה, לא תמיד אפשר להשפיע עליהן בחקיקה, ואולי פשוט יותר נוח ופופוליסטי לדון בקצוות. כך, חלק ניכר מהתופעות שהצעת החוק באה לטפל בהן - הסתה לטרור ברשת, העלבת עובדי ציבור, ביטויי שנאה, גזענות והסתה לאלימות, שיימינג, bullying - הן למעשה סימפטומים של בעיה גדולה אחת: הנכונות להגיד, לכתוב ולהקליד מול המחשב והטלפון הסלולרי דברים שאנשים לא מעזים לומר בשיחה פנים אל פנים. זוהי תופעה פסיכולוגית המוכרת בספרות מזה כשבע שנים ונקראת "חוסר עכבות מקוון" (online disinhibition effect) וההתמודדות איתה איננה בכלל במישורי החקיקה והענישה אלא במישורי אוריינות וחינוך. המהפיכה הדיגיטלית מתרחשת מהר ונדרשת הסתגלות התנהגותית למה שהיא מביאה איתה. כך היה למשל בנושא הבנת הגדרות הפרטיות של אפליקציות ושל הרשתות החברתיות. מחקרי שימוש מראים כי מסעות האוריינות וההסברה פועלים את פעולתם גם ללא חקיקה, וצעירים מפעילים את כוחם לשנות את הגדרות הפרטיות ומשקפים את ההבנה וההסתגלות לזכותם לעשות כן. לכן, כשמדובר על חוסר עכבות מקוון אין צורך בחקיקה עונשת או צנזורה על תכנים. יש צורך בקידום אוריינות בנוגע ליחסי האדם והמכונה.

ב. כדאי לזכור, כי כפי שהדבר נכון ביחס למעשי צנזורה בדרך כלל - לעיתים קרובות קורה כי עצם המעשה מקנה לתוכן שנפסל ערך מופרז בעיני הציבור. חובה לזכור כי מתן סמכות להעניק צווי הסרת תוכן תוביל איתה באופן הכרחי דיון ציבורי - ברשתות ומחוץ להן, בישראל ומחוצה לה - בכל דבר תוכן שייפסל. לרוב, תשומת הלב הזאת גורמת לנזק גדול יותר מאשר התעלמות מן התוכן.

¹⁷ Whitney v. California, [274 U.S. 357](#) (1927)