

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 שפרסומו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז – 2016 (מ-1104)

נוסח לקראת הדיון הקבוע ליום 08.05.18

הצעת חוק זו משקפת צורך להתמודד עם תוכן פוגעני ברשתות החברתיות. התסכול העומד ביסוד הצעת החוק – הן המקורית הן המתוקנת - 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 ולא של השיח הדמוקרטי.

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 או שקיפות מספקות.

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, שנהא רוע שכתבו אחרים.

בשנה וחצי האחרונות מתקיימים בישראל דיונים ופעולות אינטנסיביים להתמודדות עם תוכן פוגעני ברשתות. נראה ששנת 2018 תיזכר כקו פרשת המים שבו הוטמעה ההבנה בישראל, כמו גם במדינות נוספות ובפרורמים בינלאומיים, שבהקשרים מסוימים של הפעילות הדיגיטלית נדרשת התערבות חקיקתית, רגולטורית, לאומית ובין לאומית כדי להתמודד עם תופעות חברתיות שליליות הן בנוגע לתפקוד פלטפורמות האינטרנט הגדולות הן בנוגע למעשי המשתמשים בפלטפורמות אלה.

עם זאת, מעורבות שלטונית איננה באה ללא מחירים. ראשית, היא עשויה לשנות את אופיה של רשת האינטרנט כפי שאנו מכירים אותה. שנית, היא עוסקת פעמים בסוגיות שטחיות המבטאות פאניקה מוסרית ולא בסוגיות הליבה (כגון הגנת הפרטיות) או מפגרת אחר התפתחות טכנולוגית, שלישית, היא עשויה לשקף יחסי כוח ושבי רגולטורי כפי שקיים בהקשרים אחרים של רגולציה, ורביעית – היא מעוררת חששות מפני פגיעה בזכויות כגון הזכות לחופש ביטוי כפי שמעוררת כל הסדרה של תוכן במרחב הלא מקוון.

עוד 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

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

אלוף (מיל') אורנה ברביבאי

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר סלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה

מר אילוש אברמס, ארה"ב

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

גב' אן אפלכאוס, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייד, ארה"ב

ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה

השופטת דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סיס, פרס, אסטרטגיה

פרופ' ידידה צ' שטרן, מחקר

פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמיהו אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר פרמן

פרופ' מוסטפא כבהא

פרופ' עמיהו כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

פרופ' איתן שיינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק כרמון

תוכן שייפסל. לרוב, תשומת הלב הזאת גורמת לנוק גדול יותר מאשר התעלמות מן התוכן.



מנסחי הצעת החוק המקורית היו מודעים לחשש הכבד מפני פגיעה בחופש הביטוי אבל נדמה היה שעשו כן מן השפה ולחוץ בלבד, משום שההסדרים המופיעים בהצעה המקורית מאפשרים פגיעה רחבת היקף ומעבר לנדרש בזכות זו ואינם ראויים במדינה דמוקרטית. על כן, אנו מברכות על מרבית התיקונים המוצעים בהצעת החוק, הואיל וכבר הבענו את דעתנו בחוות דעת קודמת שההסדר המקורי הוא הסדר בלתי ראוי במדינה דמוקרטית. אנו מברכות בעיקר על ההצעה להחליף את הערכאה המוסמכת לתת את הצווים מבית משפט מנהלי לבית משפט מחוזי, ועל ההצעה לבחור בנוסחת איזון של "וודאות קרובה" המשקפות התאמה טובה יותר לתיאוריה החוקתית של חופש הביטוי בישראל.

להלן נתייחס בפירוט לכל אחד מן התיקונים המוצעים.

עם זאת, נמשיך ונביע את דעתנו העקרונית כי הצעת החוק גם בנוסחה המתוקן מבקשת להקנות **לבית משפט מחוזי** את הסמכות לקבוע שנעברה **עבירה פלילית** וזאת ללא ראיות וסדרי דין הנדרשים בהליך פלילי, ולעתים במעמד צד אחד. אם בית משפט יכול להכריז על מעשה מסויים כעל מעשה פלילי, ואף לקבוע שיש לדבר השלכות וליצור צנזורה דה פקטו על ביטוי, מדוע בכלל יש צורך בסדר הדין הפלילי?

נוסף על כך, לפחות בחלקה, הצעת החוק מציעה הסדרים בלתי ישימים, שעיקרם שתוכן פוגעני יוסר רק מעיני משתמשי האינטרנט בישראל ולפיכך לא באמת ימנע הסתה לאלימות ולטרור נגד אזרחים ישראלים. כמו כן שההצעה יוצרת בעיית סמכות שיפוט, אשר בין השאר תעמיד את מדינת ישראל במצב בעייתי מול ידידותיה.

חוות הדעת המפורטת מצורפת בזה.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה נוספת שתידרש.

בכבוד רב,

עו"ד רחל ארידור הרשקוביץ

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

חוקרת

ראשת התוכנית לדמוקרטיה בעידן המידע

המכון הישראלי לדמוקרטיה



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. 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.

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 מניעה מוקדמת שלו. 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. לפיכך, דרך המלך 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 ויש בהם סיכון כאמור, שיעמוד לצד הכלי הפלילי (ולא כחלופה לו)".

ד. הפתרון המידתי לצורך ההתמודדות עם הבעיות שהצעות החוק מתיימרת לפתור הוא 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.

ה. אמנם, לפי הצהרותיהם, ביקשו מנסחי הצעת החוק המקורית להתמודד באמצעותה עם תכנים שמי שאחראי להם איננו נמצא במקום שבו ניתן להגיש נגדו כתב אישום – כלומר מחוץ לגבולות ישראל. ייתכן שנכון לאפשר זאת, והצעת 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). בכך, היא תאפשר למעשה לתובע משטרת 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 כך שיחול אך ורק כשאין אפשרות להגיש כתב אישום נגד המפרסם. נדגיש, 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 אחר.

1. כלומר, 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.

2. 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 בסופו של חשבון לא תהיה הרשעה. אם תהיה הרשעה בעבירה, בסופו של דבר, כי אז ניתן יהיה להפעיל את סעיף 6 להצעת החוק שיידון להלן. 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.

2. תכלית הצעת החוק: עירוב של התמודדות עם טרור, שליטה בשיח המקוון ופגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. יש להוציא את עילת "פגיעה בביטחון הציבור" מגדר החוק.

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.

ב. דברי ההסבר להצעת החוק המקורית 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, תפוצה וגלובליות – יוצרים פגיעה אפשרית בביטחון של אדם, בביטחון הציבור או בביטחון המדינה, ואחר כך: "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".

ג. כלומר, מדובר בעירוב של סכנות, מעשים, זכויות וסוגי פגיעה לכלל תבשיל אחד שאין זה ברור מה טעמו והצעת החוק נראית כמיועדת לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי של אזרחי ישראל לא פחות משהיא להגן עליהם מפני הסתה לטרור. מערכת "הכל כלול" (בריונות רשת, העלבת עובד ציבור, ביטויי שנאה, המרדה וגם הסתה לאלימות ולטרור) היא מערכת 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.

ד. כפי שכתבנו בחוות דעתנו הקודמת, העילה של מניעת פגיעה בביטחון הציבור - שאינה מהווה פגיעה בביטחונו של אדם או בביטחון המדינה - היא עילה שראוי להוציאה מגדר החוק, משום שעיקר מטרתה תהיה להרחיב את פריסתו של החוק מעבר לשיקולי ההסתה לאלימות או לטרור אל ביטויים פוליטיים שונים, התנגדות נחרצת לשלטון מסוים או ביטויים אחרים היכולים להתפרש כניסיון לקעקע את אמון הציבור בשירות הציבורי. לפיכך עמדתנו היא שראוי שהוועדה תותיר את עילות הפגיעה המוגדרות בסעיף 2 להצעה כעילות של פגיעה בביטחונו של אדם (ביטוי זה מספק בעינינו אין צורך לצמצמו לפגיעה בחיי אדם או פגיעה חמורה בגופו) או פגיעה בביטחון המדינה ותבטל את העילה של פגיעה בביטחון הציבור.

3. הערכאה המתאימה לדיון – בית המשפט המחוזי ולא בית משפט מנהלי

באשר לתנאי הראשון אנו מברכות על ההצעה להחליף את בית המשפט לעניינים מנהליים בשופט בית משפט מחוזי שנשיא בית המשפט המחוזי הסמיכו לכך. תפיסת הצעת החוק המקורית להקנות לבית משפט מנהלי סמכויות דרקוניות מסוג זה מייתרת למעשה את ההליך הפלילי וטוב שהוצעה לה חלופה. עוד נעיר כי חשוב להוסיף להצעת החוק את הסמכת נשיא ביהמ"ש המחוזי, וזאת משום שיש מקום להכשיר שופטים ייעודיים בבתי המשפט המחוזיים שיעסקו בסכסוכי מידע והאוריינות הדיגיטלית שלהם תהיה גבוהה.

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 המקורית קובע שני תנאים מצטברים שבהתקיימם יוסמך בית המשפט המחוזי לתת צו להסרת תוכן מרשת האינטרנט. התנאי הראשון הוא שפרסום התוכן מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית. התנאי השני - שהמשך הפרסום יצור אפשרות ממשית לפגיעה בביטחונו של אדם, בביטחון הציבור או בביטחון המדינה.
- ב. **התנאי הראשון: פרסום התוכן מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית, ורשימת העבירות שעליהן יחול החוק**
- ג. הצעת החוק המקורית קבעה כי די בכך שפרסום התוכן באתר האינטרנט "מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית". התיקון לסעיף 2(א) המבקש לצמצם עוד את סמכותו של השופט למצבים שבהם שוכנע כי "נעברה עבירה פלילית" בעבר, הוא ראוי ואנו תומכות בו.
- ד. בכל זאת נזכיר כי גם אם תיבחר החלופה המוצעת – עדיין ההכרעה האם מעשה מסוים 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 לאלימות¹ וכמובן – העלבת עובד ציבור) ונוכל בנקל להבין את הבעייתיות הגדולה בהענקת סמכות לבית משפט מחוזי להכריע

¹דומה שדי להזכיר כאן את עניין ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל.

מה נחשב עבירה פלילית ומה לא וזאת במהירות וללא כל עמידה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי.

ה. שני מקרים שזכו לכיסוי תקשורתי נרחב ומבטאים את המתח שבין סוגי ביטוי ייחודיים כמו סאטירה או שירה לבין הסתה בהקשר זה הנם המעצר בנובמבר 2016 של עיתונאי מרהט בחשד שהסית לביצוע הצתות בעוד שהפוסט שפרסם בפייסבוק התייחס לתופעה בצורה צינית, ומעצרה של דארין טאטור, העומדת לדין בגין שיר שהעלתה לפייסבוק ("התנגד עמי, התנגד להם"), שבעטיו הואשמה בהסתה לטרור. יש להניח כי בתי המשפט יצטרכו להמשיך ולשכלל את המבחנים הנוגעים להחלת עבירות הסתה לאלימות או לטרור ברשת ולהבחין בין פרסומים שונים, על בסיס תבחינים כגון זהות המפרסם, תוכן הפרסום (למשל, הבחנה בין רמות שונות של תמיכה במסר לא חוקי), הכוונה העומדת מאחורי הפרסום והנסיבות בהן פרסם. הצורך במדיניות שיפוטית עקבית ובהירה הוא רב, וזאת בשל החשש מפני אפקט מצנן של החקיקה בתחום על ביטויים עתידיים.

ו. כל זאת - ועל אחת כמה וכמה, כאשר מדובר בביטויים בעלי אופי פוליטי². עוד נוסף: 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). עליהם יש להוסיף את חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז 2017 שנחקק בחודש יולי 2017. אבל, גם הפסיקה הקיימת בישראל, שחיבה מנועי חיפוש להסיר קישורים³, 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.

ז. לכן, לתפיסתנו האפשרות המועדפת היא לצמצם את תחולת החוק לרשימה סגורה של עבירות שרק לגביהן תהיה סמכות לבקש צו להסרת תוכן. עבירות אלה הן בראש ובראשונה עבירות לפי חוק המאבק בטרור שהן גם העבירות שדברי ההסבר של הצעת החוק המקורית מתהדרים בניסיון להתמודד איתן.

ח. נוסף על כך, אנו מציעות לכלול ברשימה עבירות שיש בהן מרכיב של אלימות כגון הסתה לאלימות או לגזענות וכן עבירות לפי חוק הגנת הפרטיות. בדרך זו תושג התכלית שהחוק מבקש לקדם והיא שמירה על ביטחון המדינה ועל ביטחוננו של אדם.

ט. אם כוונת החוק היא 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.

²ראו דברי הנשיאה נאור בדיון הנוסף בעניין אליצור סגל, בפסקה 38 לפסק הדין שלה.
³ראו למשל ע"א 44711-11-14 סביר נ' בר נוי ואח' (מחוזי ת"א) מאת השופטת אביגיל כהן.

- י. לעומת זאת, עבירות שהערך המוגן שלהן הוא שמו הטוב של אדם כגון העלבת עובד ציבור וחוק איסור לשון הרע, או הגנה על אמון הציבור בשיטה - כגון זילות בית המשפט, המרדה, פגיעה ברגשות הציבור ופגיעה ברגשות דת, אינן צריכות להיכלל ברשימה והדרך הנכונה לעסוק בהן היא באמצעות הדין הפלילי הרגיל וחוקי לשון הרע.
- יא. עוד נוסף כי לו תתקבל הצעתנו, די בקביעת חובת דיווח לגבי כלל הבקשות לגורם בכיר שיהיה היועץ המשפט לממשלה או אחד ממשניו (ללא הסמכה לאחר) או פרקליט המדינה או המשנה שלו (ללא הסמכה לאחר). אולם, אם יוחלט שבמסגרת החוק ייכללו גם עבירות נוספות ורחבות יותר - כי אז ראוי לדרוש חובת אישור של אותו גורם בכיר לעצם הגשת הבקשה ולא רק חובת דיווח כפי שנדרש בסעיף 2(ד) להצעת החוק.
- יב. כדאי לשים לב כי בכך יש כדי לחדד את הפרדוקסליות של ההצעה: לכאורה, קבלת אישור היא עניין ראוי בהתחשב בפגיעה הקשה בחופש הביטוי ובדרישה הקיימת לקבל אישור זה לצורך הגשת כתבי אישום בעבירות מגבילות ביטוי. עם זאת, אם כל כוונת הצעת החוק 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 - לפארסה.
- יג. **נוסחת הקשר – מבחן האפשרות הממשית מול מבחן הוודאות הקרובה**
- יד. הצעת החוק המקורית 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. נוסחת האיזון המקובלת בין הזכות לביטוי לבין אינטרס ציבורי אחר היא מבחן הוודאות הקרובה, עוד מימי פסק הדין בעניין קול העם. 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 (אלבה) ועבירת העלבת עובד ציבור (אונגרפלד).
- טו. לכן אנו תומכות בהצעה החלופית לקבוע נוסחת של "וודאות קרובה לפגיעה חמורה בביטחון המדינה" בסעיף 2(א) ולא להסתפק במבחן האפשרות ממשית.
- טז. אם תחליט הועדה להשאיר את עילת מניעת הפגיעה בביטחון הציבור על אחת כמה וכמה שיש הכרח להצמידה לנוסחת וודאות קרובה כפי שכבר נקבע בעניין קול העם.
- יז. ככל שמדובר בביטחון של אדם ניתן להשאיר את הנוסחה של "אפשרות ממשית" וזאת בשל ההבדל בין פגיעה בזכות הפרט לחיים ולשלמות הגוף לבין פגיעה באינטרסים ציבוריים. עם זאת, אנו מציעות להחליפה בנוסחה של "סיכון ממשי" בהתאם לנוסח הקיים בחוק המאבק בטרור.

5. הפרוצדורה וההליכים הקבועים בהצעת החוק רחבים מידי ופוגעניים

- א. אף שסעיפים 3 (א) ו-1 (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. לכן אנו מציעות להוסיף לסעיף 3(ב) חובה על בית המשפט לפרט בכתב את נימוקיו להחלטה לתת צו הסרה במעמד צד אחד.
- ב. נוסף על כך, בנוגע לעיון מחדש בבקשה למתן צו להסרת תוכן כאמור בסעיף 8(2) להצעת החוק, אנו סבורות שיש לאפשר עיון חוזר בכל מקרה של החלטה במעמד צד אחד בלא שיהיה צורך בהוכחת חשיבות ציבורית בהמשך הפרסום. כפי שהעיר בצדק הייעוץ המשפטי של ועדת חוקה, מוטב לאמץ הסדר בדומה לסי' 9(א) לחוק הסמכויות.
- ג. לא זו אף זו, סעיף 7 מאפשר לקבל החלטה גם על סמך ראיות שאינן קבילות במשפט, וסעיפים 10-11 לפי הצעת החוק המקורית מאפשרים לקבל החלטה על סמך מידע חסוי, ואם המידע החסוי התגלה – 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 בביטחון הציבור ולא רק בביטחונו של אדם או בביטחון המדינה. אנו סבורות כי יש לצמצם את תחולת סעיף 7 לעילות של פגיעה בביטחון המדינה או בביטחונו של אדם ולחייב את בית המשפט לפרט בכתב את נימוקיו לקבל ראיות שאינן קבילות במשפט.
- ד. עמדת מנכחי התיקון להצעה לפיה יש לערוך התאמות בסעיפים 8-12 כדי להתאימן לאופן שבו נוסח ההסדר בחוק הסמכויות – היא עמדה נכונה בעניינו ותייצר הסדר מהודק יותר ומעורפל פחות.
- ה. באשר לסעיף 4 להצעת החוק המתוקנת אנו תומכות בעמדה כי יש לקבוע בחוק שהפרסום בעניין הבקשות והחלטות בית המשפט יכלול את העבירה שבגינה התבקש הצו, את העילה לצו ואת מספר התיק. אנו תומכות גם בהוספת סעיף העוסק בדיווח לכנסת על ידי שר המשפטים בכל שנה, כמוצע בהצעת התיקון, גם אם ניתן לגרד את המידע מאתר נט המשפט. חובת השקיפות אינה אך בהנגשת המידע אלא בארגונו וסידורו כך שהכנסת תוכל לפקח באופן אפקטיבי על מימוש ההסדרים בהצעת החוק.

6. היעדר סמכות שיפוט והתנגשות עם חוקי מדינות אחרות

- א. בדברי ההסבר להצעת החוק המקורית 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 אקסטרסה-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 אקסטרסה-טריטוריאליות, אך ממילא גם אין צורך בהסדר שבהצעה אלא יש לעשות שימוש בדין הפלילי הרגיל.
- ג. נעיר עוד כי 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 אקסטרסה-טריטוריאליות קשה. התיקון המוצע - בסעיף ההגדרות - מבקש למחוק את ההתייחסות לשאלת מיקומו של השרת המאחסן (בישראל או מחוצה לה) אך אין בו כדי לפתור בעיה זו. 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 אך מהווה אתר אינטרנט שיש לציבור בישראל או לחלק ממנו אפשרות כניסה או גישה אליו, 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 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. 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 כאלה⁴ נוגעות לענייני לשון הרע ופרטיות ולא מבקשות להעניק סמכות מדינתית כה רחבה להסיר תכנים.

ו. 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.

ז. 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 הטרור⁵ בנוסף לאפשרות להרשיען בביזיון בית המשפט.

ח. 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.

⁴ראו למשל את דבריו של פרופ' ג'ונתן זיטריין מהרווארד כאן

<https://www.law.com/therecorder/sites/therecorder/2017/11/10/cda-230-then-and-now-does-intermediary-immunity-keep-the-rest-of-us-healthy/>

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

7. 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 הדרשה 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 תקיים? 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.

8. סעיף 6 להצעה והסמכות להסיר תוכן לאחר הרשעה פלילית

ס' 6 בהצעת החוק המקורית מנוסח בצורה בעייתית. לכאורה יש היגיון בכך שיוסר תוכן לאחר שמי שפרסם אותו הורשע לגביו בעבירה פלילית ואין צורך לאפשר עבירה נמשכת. עם זאת, ניסוח הסעיף "אף בלא ששוכנע..." הוא בעייתי. לפיכך אנו מציעות אחת משתי חלופות: האחת לאמץ את נוסח חוק הסמכויות כפי שהציע הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה; השנייה החלופית היא לכוון את שיקול דעתו של בית המשפט למימושן של התכליות המנויות בחוק אך בדרגת הסתברות נמוכה יותר מזו הנדרשת בשאר החוק. למשל, היכן שנדרשת "וודאות קרובה" בשאר החוק לאפשר כאן "אפשרות ממשית".

9. אכיפה אלטרנטיבית

- א. אף שבדברי ההסבר להצעת החוק המתוקנת נכתב כי "היבטים וולנטריים" באכיפת פרסום פוגעני ברשת יידונו בנפרד, לא ניתן לסיים את חוות הדעת מבלי להתייחס למסלול המקביל

- להצעת החוק, המכונה על ידי אנשי משרד המשפטים "מסלול האכיפה האלטרנטיבי", וזאת מפני שיש לו קשר ישיר אל הצעת החוק, אל נחיצותה ואל האינטרסים העומדים מאחוריה.
- ב. ראשית, נזכיר כי האכיפה המדינתית כנגד פרסומים מסיתים אינה נעשית בחלל ריק מבחינה רגולטורית: מנועי חיפוש, אתרי אירוח ורשתות חברתיות ופלטפורמות אחרות המתבססות על תוכן גולשים, מפעילים מנגנוני רגולציה עצמית וולנטריים של ניטור והסרה של תכנים בעייתיים. "כללי הקהילה" של רשתות חברתיות, הכוללים קריטריונים להגדרת תוכן כאסור, נאכפים באופן עצמאי על-ידי החברות, אם כי, על פי רוב, הם מנוסחים ברמת הפשטה גבוהה המאפשרת פרשנות גמישה ומשתנה שלהם. ברוב המקרים אכיפת כללי הקהילה אף אינה שקופה, וגם אם הגולשים שהתוכן שפרסמו נמחק. מקבלים הסבר כללי מדוע הוסר התוכן ואיזה כלל מכללי הקהילה הופר, הם אינם יכולים לדעת מראש שכך יהיה המצב.
- ג. בנוסף, לכלל הגולשים אין לרוב מידע זמין באשר לדפוסי פסילה ולנתונים מספריים הנוגעים אליהם⁶ בשנה האחרונה התפרסמו מספר תחקירים עיתונאיים העוסקים בסוגיית אכיפת כללי הקהילה, ואלה מסתמכים על הדלפות שונות⁷ בנוסף, התבצעו פרסומים שונים על ידי חברות אינטרנט שונות באשר להידוק וחידוד כללי הקהילה שלהן ותוספת משמעותית של כוח אדם אנושי לאכיפתם.⁸ פרשת קיימברידג' אנליטיקה והחשש מפני מעורבות זרה בתהליכי בחירות במדינות שונות, יחד עם התברות ביטויי שנאה והפצת דיסאינפורמציה ברשת הובילו לקריאה נוספת לחדד את כללי הקהילה של החברות.
- ד. לצד האכיפה הפלילית הקלאסית ומנגנוני הרגולציה העצמית של חברות התוכן ברשת מתקיים מאז סוף שנת 2014 מסלול נוסף המכונה "אכיפה חלופית" שמשמעותו שיתוף פעולה בין רשויות המדינה, באמצעות פרקליטות המדינה, לבין ספקי השירות ופלטפורמות האינטרנט הגדולות. האכיפה החלופית התפתחה בשל הקושי לאסוף חומרי חקירה ולהעמיד לדין חשודים בבית משפט ישראלי, בעיקר מפני שיוצרי התוכן נמצאים מחוץ לישראל או פועלים באמצעות שרתים זרים. רשויות החקירה טענו כי השילוב בין הקושי לפנות לחברות שאינן כפופות לדין הישראלי לצורך איסוף ראיות, לבין אופן ההפצה המידי והוויראלי לבין היכולת להפיץ תכנים באופן אנונימי או מתחזה – מחייבים מתן מענה שאינו נמצא בתוך הדין הפלילי עצמו.

ראו למשל באתר גוגל: <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview>

ראו למשל התחקיר של אתר פרופבליקה מיוני 2017
<https://www.propublica.org/article/facebook-hate-speech-censorship-internal-documents-algorithms>
 וכן תחקיר הגארדיאן הבריטי ממאי 2017
<https://www.theguardian.com/news/2017/may/21/revealed-facebook-internal-rulebook-sex-terrorism-violence>

⁸ראו ההודעה של גוגל בנוגע לכללי הקהילה של יוטיוב באשר לטרור מאוגוסט
<https://youtube.googleblog.com/2017/08/an-update-on-our-commitment-to-fight.html>
 והדיווח לגבי פייסבוק על תוספת כוח אדם במאי 2017
<http://www.npr.org/sections/thetwo-way/2017/05/03/526727711/facebook-plans-to-add-3-000-workers-to-monitor-remove-violent-content>

- ה. המסלול החלופי הוא תוצאה של עבודת מטה בין-משרדית שהחברים העיקריים בה הם מטה הסייבר הממשלתי ופרקליטות המדינה, והוא כולל פניה אל חברות האינטרנט בדרישה לבצע מגוון של פעולות שבכללן חסימה או הרחקת משתמשים, הסרת תכנים – הן תכנים ספציפיים והן הסרת אתר או דף שלם, וסינון תוצאות מתוך תוצאות חיפוש של מנועי חיפוש. מטרת מסלול זה היא להתמודד עם תכנים ולא עם יוצריהם, או ליתר דיוק עם מה שהפרקליטות תופסת כפרסום העברייני ולא עם עבריינים. אכיפה דרך המסלול החלופי מתבצעת כאשר גופי הביטחון או גופי ממשל אחרים המפעילים מערכות ניטור תוכן, או גופי ממשל אשר נתקלו במקרה בודד, מניחים בפני הפרקליטות תכנים שהם תופסים כמסיתים לאלימות או לטרור. הפרקליטות עצמה אינה מבצעת ניטור עצמאי, אלא בוחנת האם התכנים שהובאו לפניה עולים כדי הסתה, ומשהשתכנעה בכך – לאחר התייעצות עם המשנה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות המדינה – היא פונה אל חברות האינטרנט בדרישה להסיר את התכנים.
- ו. מסלול האכיפה החלופי התפתח סביב העיסוק בהסרת לאלימות ולטרור ואז הפך לכלי שימושי לצורך התמודדות עם היבטים פליליים אחרים.
- ז. לפי נתוני הפרקליטות, כתשעים אחוז מבקשות ההסרה במסלול זה בין השנים 2014 – 2017 נוגעות להסרת לאלימות ולטרור, כשמונה אחוז מן הבקשות עוסק בהכפשה, לשון הרע ופרטיות, ועוד כאחוז וחצי בדרישה לאכוף צווי איסור פרסום – בעיקר כאלה שנוגעים לזהות קטינים.⁹
- ח. מכל מקום, המספרים משקפים עליה חדה בפעילות המסלול: מאז 2014 עד 2016 הוסרו למעלה מ-2000 פריטי תוכן – מפוסטים ברשתות חברתיות ועד חסימת פעילי טרור מניהול חשבון ברשת חברתית (ללא קשר לתוכן ספציפי). לעומת זאת בשנת 2017 הוגשו 12,355 בקשות הסרה! הרוב הגדול של הבקשות נוגע להסרת לטרור ואלימות ומיעוטם לפרסומים אחרים (כמו הפרת איסורי פרסום, פרסומי תועבה ושירותי זנות, פגיעה בפרטיות, חוק הסרטונים וכיו"ב). אין בידינו נתונים מספיקים של פילוח הבקשות ופילוח קבלת הבקשות לפי עבירות, וקיימות עדויות על כך שהפעילות מתבצעת מול חלק מן הפלטפורמות בלבד (למשל, פייסבוק משתפת פעולה באופן משביע רצון לעומת טוויטר שמולה אין פעילות וכיו"ב).
- ט. מסלול האכיפה האלטרנטיבי מבוסס על הערכה הנעשית בפרקליטות האם תוכן מסויים מהווה הפרת תנאי השימוש של הספקיות ופוגע באינטרס ציבורי לפי מדדים של פוטנציאל התפוצה של הפרסום/קהל היעד אליו הוא מופנה/ עיתוי הפרסום על רקע מכלול הנסיבות/ הרקע לפרסום/ פוטנציאל הפגיעה העודפת שלו (כגון תגובות לא מסיתות כחלק מפוסט מסית).
- עוד ידוע לנו כי אחוזי ההצלחה בהסרת תכנים שהגיעו בצורת בקשות מן הפרקליטות בנוגע לתכני טרור ואלימות הם גבוהים מאד וזאת לעומת בקשות העוסקות בהעלבת עובד ציבור או לשון הרע.
- טו. שני קשיים משמעותיים מתעוררים בנוגע למסלול האכיפה החלופית. ראשית, מדובר בפגיעה בזכות היסוד לחופש ביטוי ללא הסמכה מפורשת בחוק (למעט אכיפה של צווי איסור פרסום,

⁹ הנתונים הוצגו על ידי ד"ר חיים ויסמונסקי, ראש מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה בכנס בנושא שיימינג, הסתה וטרור שהתקיים באוניברסיטת תל אביב במסגרת שבוע הסייבר השנתי במאי 2017: <https://cyberweek.tau.ac.il/2017/gallery/video>

שהיא כאחוז וחצי מן התכנים המוסרים). אמנם, אין מדובר בצנזורה ישירה מצד המדינה, כי את מעשה הצנזורה עצמו מבצעות החברות, בצורה ההולמת פחות או יותר את כללי הקהילה שלהן, אולם מדובר ב"מעשה מדינה" ובייחוד ככל שמדובר בפרקטיקה שבכירי משרד המשפטים מתייחסים אליה כמסלול אכיפה לכל דבר ועניין. נוסף על כך הנתונים בנוגע ל"שיח הצנזורים" שנוצר בין הפרקליטות לבין חברות האינטרנט – הם נתונים מטרידים. לפי נתוני הפרקליטות כתשעים אחוז מן הבקשות להסרת תוכן, אושרו בצורה מלאה או חלקית בין ינואר למאי 2017, וזמן ההיענות התקצר באופן משמעותי. חברת פייסבוק מדווחת גם היא שמשפר פריטי התוכן שאליהם הוגבלה גישה לבקשת הרשויות בישראל גדל למעלה מפי עשרה בתקופה שבין 2014 ל-2016.¹⁰ יש גם לזכור כי ככל שאיומי החקיקה המגבילה מתרבים, כך גדל האינטרס של חברות האינטרנט להסכים לבקשות מחיקה מצד רשויות המדינה, כאמצעי לחץ כנגד האיום בחקיקה. הוכחה לכך היא הקיצור המשמעותי של זמן הטיפול בבקשות ההסרה.

י. שנית, מדובר בפגיעה בעקרונות המשפט המנהלי, ובראשם בעקרון השקיפות. מסלול האכיפה החלופי החל לפעול בסוף 2014, הצוות הבין-משרדי הוקם בשנת 2016, ורק באמצע 2017 פורסמו לראשונה נתונים, גם הם חלקיים בלבד, על ידי תחום הסייבר בפרקליטות בנוגע לבקשות הסרת תכנים. הקושי מתעצם בשל השקיפות המועטה לגבי נתוני ההסרה הנמסרים על-ידי חברות האינטרנט. כך נוצר מצב של חוסר יכולת ציבורית לביצוע מעקב הן אחר דפוסי הבקשות להסרה ומספריהן והן אחר נתוני ההיענות להן; הן בנוגע למספרים והן בנוגע לתחומי הבקשות. כך גם נוצרות סתירות בין הנתונים. למשל, לפי דיווחי פייסבוק, מרבית הפרסומים שהוסרו עסקו בהכחשת שואה וחלקם האחר בהטרדה ובלשון הרע ורק מיעוטם היו פרסומים המקושרים לארגונים בלתי חוקיים. מנגד, נתוני משרד המשפטים, כפי שפורטו לעיל, שונים בתכלית.

יא. מעבר לקשיים שמסלול האכיפה האלטרנטיבי מעורר לגופו, היחס בינו לבין הצעת החוק שלפנינו מחייב את הוועדה לתת אל ליבה את הדברים הבאים, כבר במהלך חקיקת החוק הנוכחי.

הצעת החוק, שלטענת מנסחיה תעגן את הדרך המיטבית להסרת תכנים פוגעניים במדינת ישראל, צריכה לבטל את הצורך במסלול האכיפה החלופי, שייתכן שהיה מוצדק כל עוד לא עמד כלי חקיקתי לרשות רשויות האכיפה.

לחילופין, אם הנתונים שנמסרו מלמדים על כך שכשמונים וחמשה אחוז מן הבקשות במסגרת ההליך האלטרנטיבי מתקבלות, כי אז אין טעם בהצעת החוק הנוכחית. ייתכן כי 15 האחוז הנוספים מהווים למעשה שיטור או אכיפת יתר מצד הפרקליטות ואינם מצדיקים חקיקה כה רגישה ובעייתית.

אם ההליך האלטרנטיבי, כהליך קו רגולטורי הוא מוצלח, מוטב לעגן אותו בחוק ולא את ההצעה שלפנינו. החקיקה הגרמנית, למשל, מעגנת הסדר קו רגולטורי דומה. כך אפשר יהיה להבטיח שכלל הפלטפורמות הדיגיטליות יוכפפו אליו, מבלי לחייב את החשש מפגיעה בזכויות לחופש ביטוי שנידונו למעלה.

¹⁰ <https://govtrequests.facebook.com/country/Israel/2016-H2/>ראו



יב. מכל מקום מוצע להוסיף כבר להצעת החוק הנוכחית הסדרים הנוגעים למסלול האכיפה האלטרנטיבית ועיקרם:

- חובה לשקיפות רחבה בנוגע להליכי האכיפה האלטרנטיבית. הצעת החוק כוללת בסעיף 4 חובה לפרסם פרטים רק על מה שהוסר בצו של בית משפט אבל לא מה שהוסר בבקשה של רשות מדינתית אחרת – פרקליטות המדינה. במידה מסויימת, השקיפות של ההליך האלטרנטיבי חשובה אף יותר. יש לחייב את הרשויות בהנגשת מידע לוועדת החוקה של הכנסת לפחות אחת לשנה, בפילוח לפי סוג העברה הפלילית שבה מדובר, לפי הגורם שאליו הופנו הדרישות, ולפי אחוזי ההסכמה להסיר את התוכן.

- חובת הנמקה מפורטת ובכתב של בקשות הסרה והנגשה של נימוקים אלה במלואם לציבור. גם חוק המעצרים, שאליו מפנים אנשי הפרקליטות כאסמכתא לשימוש במסלול החלופי, מחייב החלטה מנומקת ובכתב. גם אם הפרסום עצמו לא ייכלל, יש לדרוש כי יהיה תיאור של התוכן הנתפס כבעייתי. אם מדובר בתוכן פרטי או סודי, יש מקום לחייב לציין זאת במפורש.