

מסמך רקע לקראת הדיון הקבוע ליום 22.11.2017 – בעניין הצעת חוק להסרת תוכן שפרסומו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז-2016 (מ-1104) והצעת חוק הסרת פרסום הסתה שהתפרסם ברשת החברתית המקוונת, התשע"ו-2016 (פ/3110/20) של חה"כ סויד ואחרים

רקע להצעת החוק הממשלתית

עניינה של הצעת החוק הממשלתית ביצירת כלי אכיפתי חדש, במסגרתו מוצע להעניק סמכות לבית המשפט לעניינים מינהליים **להורות בצו על הסרת תוכן מאתר אינטרנט (או הסרת תוצאות חיפוש)**, אם הפרסום "מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית וכי בנסיבות העניין יש אפשרות ממשית שהמשך הפרסום כאמור יפגע בביטחוננו של אדם, בביטחון הציבור או בביטחון המדינה". באופן טיפוסי, הצו המוצע אמור לחול על תוכן שמופיע ברשתות החברתיות, כגון פייסבוק, יוטיוב, טוויטר, וכדומה, וכן על ספק שירות איתור אינטרנטי (כגון גוגל), אשר ביחס אליו הצו יורה שלא לאפשר את איתור התוכן הפוגעני בתוצאות החיפוש.

מטרתה של הצעת החוק הממשלתית היא למנוע את המשך פרסומם של תכנים בעולם הווירטואלי שעלולים להביא לפגיעה באנשים בעולם הפיזי. כאמור בדברי ההסבר, תוכן מזיק באינטרנט שהוא זמין, מהיר, נגיש, ולעתים אף אנונימי, הוביל לעלייה ברף האלימות ובהסתה לטרור במדינות העולם. עלייה זו מצריכה הוספת כלים משפטיים להתמודדות עם התופעה.

הצעת החוק הפרטית (פ/3110/20)

הצעת החוק הפרטית מבקשת לקבוע כי רשת חברתית חייבת להקים מערכת לניטור המידע המתפרסם ברשת, ולהסיר כל פרסום של הסתה לטרור תוך 48 שעות. עוד מוצע לקבוע כי אי-הסרת הפרסום תהווה עבירה פלילית, עם קנס מירבי של 300,000 ₪ (אלא אם כן הרשת נקטה באמצעים סבירים לשם מילוי החוק), וקנס של 400,000 ₪ אם הרשת החברתית ידעה על הפרסום המסית.

בהחלטת ועדת השרים לענייני חקיקה הוחלט כי הממשלה תתמוך בהצעת החוק "אם חברי הכנסת המציעים יתחייבו להכפיף את הצעתם להצעת חוק ממשלתית בנושא ויסכימו כי בנושאים המצויים בהצעתם יתקיים דיון בלבד". **לכן מסמך רקע זה יתמקד בנוסח ההצעה הממשלתית. ככל שתהיה בהמשך כוונה לחוקק חוק שיחייב את הרשות החברתיות להקים מערכת לניטור תוכן מסית, נתייחס לסוגיה זו בנפרד.**

חופש הביטוי והמגבלות עליו בדין הקיים

כאמור בדברי ההסבר להצעה, הסמכות המוצעת מאפשרת פגיעה בשיח החופשי באינטרנט ובחופש הביטוי הפוליטי הזוכה להגנה מיוחדת במשטר הדמוקרטי, ואף עלולה להוביל להטלת הגבלות בתחומים השנויים במחלוקת פוליטית וציבורית. כידוע, "חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא או לשמוע דברים המקובלים על הכל. חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן".¹ ההגנה שניתנת לחופש הביטוי, נועדה לא רק לעודד "שוק רעיונות" פורה, אלא גם כדי להגן על האזרחים מפני השלטון ולאפשר

¹ בג"ץ 399/85 חה"כ הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255.

להם לבקר אותו בחופשיות ואף בחריפות. **בהתאם לכך, ברור שיש להתייחס בזהירות רבה לחקיקה המבקשת להגביל את חופש הביטוי.**

ואולם, הפסיקה, שקבעה שחופש הביטוי היא "זכות עילאית", הדגישה שחופש הביטוי אינו זכות מוחלטת, ולעתים יש מקום להגביל זכות זו כדי להגן על אינטרסים חיוניים.² ואכן, כבר בדין הקיים קיימות שורה של מגבלות החלות על חופש הביטוי, לרבות על חופש הביטוי הפוליטי, שנועדו להגן על אינטרסים חשובים דוגמת כבודו וחיייו של אדם, ביטחון הציבור או ביטחון המשטר. בין היתר:

במישור הפלילי – חוק העונשין, התשל"ז-1977 כולל שורה של עבירות המגבילות את חופש הביטוי ובהן: עבירות ההמרדה (ס' 133-139), עבירות ההסתה לגזענות או אלימות (ס' 144א-144ה), עבירת זילות בית המשפט (ס' 255), עבירת העלבת עובד ציבור (ס' 288) ועבירה של פגיעה ברגשי דת (ס' 173). בחוק המאבק בטרור שנחקק לאחרונה נחקק סעיף מפורט הקובע עבירה פלילית לעניין הסתה לטרור (ס' 24). חוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986 קובע עבירה בגין הכחשת שואה.

במישור האזרחי – קיימים חוקים שונים המטילים מגבלות על חופש הביטוי באמצעות הענקת זכות תביעה אזרחית למי שנפגע מביטויים של הזולת. כך למשל, פרסום המשפיל אדם בניגוד להוראות חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה – 1965 פרסום הפוגע בפרטיות בניגוד להוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (בנסיבות מסוימות פרסומים כאמור אף עשויים לעלות כדי עבירה פלילית), או פרסום שיש בו משום הפרה של זכויות יוצרים לפי חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

במישור המינהלי – עד לאחרונה, היו מספר מצומצם של דברי חקיקה שהטילו מגבלות מינהליות על חופש הביטוי בהקשר של ביטחון המדינה או ביטחון הציבור. הבולט שבכלים הקיימים בהקשר הוא הסמכות המסורה לצנזורה הצבאית להורות על הסרת ידיעות הפוגעות בביטחון המדינה.

הגבלות יעודיות ביחס לביטויים באינטרנט

לפני כחצי שנה, נחקק **חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017**, שאפשר מתן **צו שיפוטי** להגבלת גישה לאתר אינטרנט, וכן צו להגבלת איתור האתר, אם הגבלת הגישה חיונית למניעת המשך ביצוע אחת העבירות המנויות באותו חוק, בהן עבירות של סחר בסמים, פרסומי פדופיליה, הבאת אדם לידי עיסוק בזנות, פרסום שירותי זנות, הימורים, או אתרי אינטרנט של ארגוני טרור.

הצעת החוק הממשלתית שבפנינו שונה מהחוק האמור, שנחקק לפני כחצי שנה, משום שעיקר תכליתה אינה להוביל **להגבלת הגישה לאתרי אינטרנט שהם עצמם**, או חלקים מרכזיים בהם, בעלי אופי פלילי, אלא **להסרת תכנים** הטומנים בחובם פגיעה אפשרית בביטחונו של אדם, בביטחון הציבור, או בביטחון המדינה, אף אם תכנים אלה מצויים **באתרים לגיטימיים** לחלוטין.

ואולם, בדומה לחוק שעסק בהגבלת הגישה לאתרים, גם עניינה של הצעת החוק במתן כלי **מעין-מינהלי** לרשויות האכיפה להתמודד עם התופעה של פרסומים פוגעניים באינטרנט, **לצד הכלי הפלילי ולא כתחליף לו**. בשונה מהדין הפלילי, הכלי המוצע לא נועד להעניש מפרסם שעבר עבירה, אלא לאפשר התמודדות עם התוכן המזיק עצמו. יש לתת את הדעת לכך, שלמרות שהכלי המינהלי נתפס כפחות פוגעני, משום שהוא אינו "מכתים" את האדם שפרסם את התוכן ואינו כרוך בהטלת מאסר או קנס, יש לנהוג אף בו בזהירות, שכן הוא מאפשר אכיפה רחבה

² בית המשפט התייחס לכך במיוחד בפסקי דין שעסקו בהסתה: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל; דנ"פ 8613/96 ג' בארין נ' מדינת ישראל; בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה; ורע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן-חורין.

יותר, ומאפשר הטלת מגבלות על מספר רב יותר של אנשים וביטויים.
הצעת החוק מבקשת לתן מענה לחששות אלה באמצעות קביעת תנאים שונים להפעלת הסמכות, ובראשם, הצורך בצו שיפוטי; קבלת אישור היועץ המשפטי לממשלה או מי שהסמיך לכך; וכן בעילות המהותיות למתן הצו.

לקראת הדיון הראשון בהצעת החוק, נבקש להביא בפני הוועדה מספר נושאים עקרוניים לדיון:

(1) התועלת שבצווים להסרת תכנים לגבי אתרים שיש להם תנאי שימוש (terms of service)

הצעת החוק קיבלה בכלי התקשורת את הכינוי "חוק הפייסבוק" כיוון שחלק גדול מהתכנים הפוגעניים שכלפיהם מופנית הצעת החוק, מועלים ברשתות החברתיות שהגדולות שבהן כיום הן פייסבוק, יוטיוב וטוויטר (אולי אף ב"וואטסאפ", ככל שהתוכן מופיע ב"אתר" אינטרנט). תכנים אלה ניתנים לאיתור גם בתוכנות חיפוש דוגמת גוגל. ואולם, בחברות האמורות (ובחברות אחרות הפעילות בתחום) קיימים כבר כיום **תנאי שימוש** האוסרים על העלאת תכנים שמסיתים לטרור או לאלימות, ומאפשרים לכל משתמש לפנות לרשת החברתית בבקשה להסיר תכנים שיש בהם חשש להפרה של תנאי השימוש. ככל הידוע, כבר כיום נציגי הממשלה עושים שימוש בפניות מסוג זה כדי להוביל להסרה של תכנים פוגעניים מרשתות חברתיות.

נוכח האמור, האם אין די בתנאי השימוש הקיימים באותן חברות, ודרכי הניטור הקיימות, כדי לתת מענה לחששות העומדים ביסוד הצעת החוק? האם יש דוגמאות למקרים שבהם בקשה של נציגי הממשלה להסרת תכנים בעייתיים מרשתות חברתיות לא נענו, ושהצעת החוק עשויה להוביל להסרתם? ככל שאין דוגמאות כאלה, מוצע לדון בצורך בסמכות החדשה המוצעת.

(2) סמכות בינלאומית - התועלת שבצווים להסרת תכנים ביחס לאתרים שנמצאים בחו"ל

מוצע לדון בקשיים שעשויים להתעורר ביחס לאכיפת הצו המוצע על אתרי אינטרנט (ובפרט רשתות חברתיות) המנוהלים מחוץ לישראל. ראשית, עשוי להתעורר קושי במישור הסמכות באשר לעצם האכיפה של צו של בית משפט ישראלי על אתרי אינטרנט שמרכזם אינו בישראל. **נוכח האמור יש לברר כיצד ניתן יהיה לאכוף את הצווים שיוצאו מכוח החוק על אתרי אינטרנט אלה?**

מעבר לכך, יכול להתעורר קושי נוכח העובדה שבכל מדינה יש הסדרים שונים ביחס להטלת מגבלות חופש הביטוי. כך למשל, יש הבדל מובהק בין המגבלות החלות על חופש הביטוי באירופה ובין הגישה הנהוגה בארה"ב בה מוענקת הגנה נרחבת לחופש הביטוי, והדברים אמורים ביתר שאת כשמדובר בהגבלות על חופש ביטוי במדינות לא דמוקרטיות דוגמת סין. **בהתאם לכך, האם אין חשש שרשתות חברתיות יימנעו מיישום צווים שאינם עולים בקנה אחד עם המגבלות הנהוגות במדינות המוצא שלהן?**

(3) הערכאה המתאימה להוצאת הצווים

בהצעת החוק מוצע כי הסמכות להורות על הסרת תוכן ספציפי, לאחר בחינת האיזון שבין אפשרות הפגיעה בביטחון הציבור לבין הפגיעה בחופש הביטוי במקרה קונקרטי, תהיה נתונה לבית משפט לעניינים מינהליים, שהוא בית משפט מחוזי שיושב כבית משפט לעניינים מינהליים בהתאם לחוק. **אנו סבורים כי קיים קושי בהקניית סמכות זו לבית המשפט לעניינים מינהליים.**

ככלל, בית המשפט לעניינים מינהליים מהווה ערכאת ביקורת על החלטות מינהליות שכבר נתקבלו על ידי הרשות המבצעת. לאחר הגשת עתירה (או במקרים מסוימים ערעור) כנגד החלטת הרשות המינהלית, בוחן בית המשפט

לעניינים מינהליים את חוקיותה, סבירותה או מידתיותה של אותה החלטה. למיטב ידיעתנו, אין כיום בחקיקה מקרה אחר שבו מקנים לבית משפט לעניינים מינהליים סמכות להוצאת צו שיפוטי כערכאה ראשונה, ומבלי שהוא נדרש לבחון החלטה מינהלית מסוימת שכבר נתקבלה.

בהתאם לכך, נציע להחליף את ההסדר החריג הנכלל בהצעת החוק בהסדר הזה לזה שאומץ בחוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017 שנחקק לאחרונה. לפי הסדר זה, הרשות המינהלית פונה בבקשה לבית המשפט המחוזי המוציא את הצו, בשבתו כבית משפט "רגיל" ולא כבית משפט לעניינים מינהליים. נוכח הקרבה בין הצעת החוק דנן, ובין חוק הסמכויות האמור, נראה כי יש מקום שאותה ערכאה תדון בשני סוגי הצווים.

(4) המבחן להוצאת הצו להסרת תוכן

בלב הצעת החוק עומד סעיף 2(א) הקובע את התנאים למתן הצו מכוח החוק. על-פי המוצע, לשם מתן צו להסרת תוכן נדרשים להתקיים שני תנאים:

(א) פרסום התוכן מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית;

(ב) בנסיבות העניין יש אפשרות ממשית שהמשך הפרסום יפגע בביטחונו של אדם, בביטחון הציבור, או בביטחון המדינה.

(א) פרסום התוכן מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית

התנאי הראשון למתן הצו הוא כי הפרסום שבו מדובר "מהווה מעשה שהוא עבירה פלילית". בדברי ההסבר מובהר בהקשר זה כי "אין מדובר בדרישה להוכחת כל יסודות העבירה ברף ובדרכי ההוכחה הנדרשים בהליך פלילי". ואכן, ממה שנמסר לנו מנציגי הממשלה עולה כי לשם קיום התנאי די בכך שתוכן הפרסום עומד בתנאים לביצוע העבירה. ואולם, אנו סבורים כי קיים קושי בגישה זו, שכן חלק מהעבירות הנוגעות לחופש הביטוי מתבססות על כל פרסום, והמוקד שלהן הוא **ביסוד הנפשי של העבירה או בזיקה שבין הביטוי ובין התוצאה השלילית**. כך למשל, סעיף 144ב לחוק העונשין הקובע עבירה בגין הסתה לגזענות קובע כך: "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות". משמע, שהפרסום עצמו מהווה עבירה **רק** אם הוכח שהפרסום נעשה עם יסוד נפשי של "מטרה להסית לגזענות". בדומה, סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 קובע כי עבירת לשון הרע מתקיימת כאשר אדם פרסם לשון הרע "בכוונה לפגוע".

כך גם, סעיף 24 לחוק המאבק בטרור קובע כי העושה מעשה של הזדהות עם ארגון טרור עובר עבירה פלילית אם הפרסום נעשה בפומבי, **במטרה להזדהות עם ארגון הטרור, או בנסיבות שבהן יש אפשרות ממשית שהדבר יביא לביצוע מעשה טרור או עבירות המנויות באותו סעיף**. במקרים אחרים, כגון עבירת "העלבת עובד ציבור", קבעה הפסיקה כי לשם התקיימות העבירה יש לבסס יסוד הסתברותי להתקיימות התוצאה.

נוכח האמור, נראה כי בלא מעט מקרים, ככל שאין דרישה לביסוס כל יסודות העבירה, אזי התנאי שמדובר ב"מעשה שהוא עבירה פלילית" מתרוקן מתוכו.

בנוסף, לאור החשש לפגיעה בחופש הביטוי, ומכיוון שמדובר בסמכות חדשה, אנו סבורים כי קיימת בעייתיות בהסתפקות בתנאי כללי שפרסום התוכן מהווה "מעשה שהוא עבירה פלילית" **ויש לשקול לייחד את הסמכות החדשה המוצעת בהצעת החוק לרשימה סגורה של עבירות קונקרטיים שבהן מבקשים להיאבק, כגון הסתה לטרור והסתה לאלימות ולקבוע במפורש בחוק מהם היסודות שיש לבסס בבית המשפט** (יצוין כי גם בחוק

סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, מופיעה רשימה סגורה של עבירות שבגינן ניתן להגביל גישה לאתר אינטרנט).

(ב) סוג הנזק ומבחן הסתברות הנזק

כאמור, לפי הצעת החוק, בנוסף להתקיימות היסוד העובדתי של עבירה פלילית, מתן הצו מחייב עמידה במבחן הסתברותי הכולל שני מרכיבים: **סוג הנזק הצפוי**: ביטחונו של אדם, ביטחון הציבור, או ביטחון המדינה; **הסתברות שהנזק יתקיים**: "אפשרות ממשית".

ככלל, מאז פסק הדין המכונן בעניין חופש הביטוי מראשית ימי המדינה, **קול העם**³, מקובל כי הגבלת חופש הביטוי מותנית בהתקיימות מבחן מחמיר יותר – מבחן **הוודאות קרובה** לכך שהביטוי שמגבילים אותו יוביל לפגיעה בביטחון הציבור. בדומה, בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין הגבלת זכות ההפגנה נקבע שהמשטרה "רשאית להגביל את הזכות להפגין רק כאשר מתקיימת **ודאות קרובה** לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי או בשלום הציבור, ורק במידה הנדרשת על מנת למנוע פגיעה כאמור."⁴

לעומת זאת, במקרים שבהם המחוקק קבע מבחן הסתברותי מקל יותר, דוגמת זה המוצע בהצעת החוק ("אפשרות ממשית"), באופן טיפוסי הפגיעה הנדרשת לשם עמידה במבחני החוק הייתה **קונקרטי וחמורה**. למשל, בעבירת ההסתה לטרור המעוגנת בסעיף 24 לחוק המאבק בטרור נקבע מבחן של אפשרות ממשית שהפרסום **יביא לביצוע מעשה טרור** (או בנסיבות מסוימות, לעבירות קונקרטיות); בעבירה של הסתה לאלמות המעוגנת בסעיף 2ד144 נקבע מבחן של אפשרות ממשית שהפרסום **יביא לעשיית מעשה אלימות** (עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה). למעשה, על-פי סעיף 24(ב)(1) לחוק המאבק בטרור, במצבים שמדובר **בקריאה ישירה לביצוע מעשה טרור**, אין כל יסוד הסתברותי להתרחשות התוצאה.

מנגד, בהצעת החוק הנדונה כעת, אין מדובר ב"אפשרות הממשית" להתקיימות נזק קונקרטי, דוגמת "מעשה טרור", "מעשה אלימות", או "פגיעה בביטחונו של אדם", אלא יש שימוש במונחים רחבים יותר, דוגמת פגיעה "בביטחון הציבור" ו"ביטחון המדינה".

מוצע כי הוועדה תשקול האם השילוב בין מבחן הסתברותי מקל יחסית ("אפשרות ממשית") ובין סוג נזק כללי יחסית שאינו קונקרטי, אינו מאפשר הגבלה נרחבת מדי כשמדובר בפגיעה בחופש הביטוי. שילוב המאפשר, לכאורה, לבקש צו להסרת תוכן גם כאשר הפרסום תורם לאווירה כללית עוינת שיכולה בעתיד לפגוע בביטחון הציבור או בביטחון המדינה, גם אם אין אפשרות להצביע על פגיעה מסוימת.

(5) סוגיות כלליות הקשורות לאופי ההליך

אנו סבורים כי נוכח הקרבה שבין הצעת החוק דנן ובין חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, שאושר בכנסת לפני חודשים ספורים, יש מקום שההוראות הההליכיות השונות הנכללות בהצעת החוק יותאמו ככל הניתן לאלה שנכללו בחוק הסמכויות האמור.

³ בג"ץ 73/53 "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871.

⁴ בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 19 לפסק הדין של השופטת חיות.