

19 אוקטובר 2014

לכבוד
ועדת החוקה, חוק ומשפט
הכנסת
ירושלים

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014

אני מבקש להעיר הערות להצעת החוק הנ"ל. לצערי, איני יכול להגיע לשיבות הוועדה שקבועות בימים שבהן אני מלמד. אעיר שאין לי שום קשר מסחרי או אחר למי מבעלי העניין שעשויים להיות מושפעים מהחוק, ואני כותב כאזרח, צרכן, גולש אינטרנט, וכמי שחוקר נושאים של משפט וטכנולוגיות מידע. אני פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, ומתמחה בתחומים הנ"ל.

בתמצית, אני סבור שאין מקום לחוקק את הצעת החוק בחלקיה העוסקים באינטרנט (ס' 6 להצעת החוק, המבקש להוסיף את פרק ג לחוק העיקרי). במידה רבה אין צורך בחוק המוצע, היתכנותו הטכנולוגית מוטלת בספק, אני סבור שההליכים המוצעים בהצעת החוק הם ברובם לא-מידתיים ולכן לא-חוקתיים, והפגיעה שהחוק המוצע יפגע בהתפתחות הרשת, בחירותם של אזרחים לגשת לתכנים לפי שיקול דעתם, ובחופש הביטוי של אחרים – אינה מוצדקת. הפגיעה תהיה גם בדימוי של מדינת ישראל כ-start-up nation, וכמדינה ששותפה לעולם ערכי של המדינות המתקדמות – מבחינה דמוקרטית וטכנולוגית.¹

אפרט בקצרה.

1. **הצעת החוק.** הצעת החוק מבקשת להסמיך את המשטרה להורות לספקי שירות גישה להגביל גישה של לקוחותיהם הישראלים לאתרים מסוימים, או לכל הפחות, לחלקים מסוימים באתרים, שבהם סבור קצין משטרה מוסמך כי יש יסוד סביר לחשד שמתבצעת עבירה מסוגים מסומים: עבירות הקשורות בפרסום תועבה שבו יש דמות של קטין, עבירה של איסור הגרלות והימורים, ועבירות של יצוא וסחר בסמים, למעט קנביס.

2. **פסק הדין של בית המשפט העליון.** הצעת החוק באה בעקבות צווים שהוציא מפקד מחוז משטרת תל-אביב לספקי אינטרנט להורות על סגירת אתרים מכוח סמכותו להורות על סגירת "מקום משחקים אסורים" בחוק העונשין; בעקבות ופסק דין של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, ובעקבות פסק דין של בית המשפט העליון בערעור. שתי הערכאות פסלו את הוראת מפקד המחוז.² בית המשפט העליון העיר כי הסדרה כוללת של הנושא בחוק עדיפה על פרשנות שיפוטית של חוק שנחקק לפני היות האינטרנט.³

¹ להצעת החוק ייתכנו השפעות גם על זכויות קניין פרטי וחופש עיסוק של האתרים. באלה אינני עוסק כאן.

² עע"ם 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (2013).

³ ראו למשל הערת השופט סולברג בפסקה 26 לפסק דינו; פסקה 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

3. **רגישות הסוגיה.** בית המשפט העליון עמד על רגישות הסוגיה. כב' השופט עוזי פוגלמן, כתב בדעת הרוב כי **"כאשר עסקינן במטרייה רגישה של חסימת אתרי אינטרנט – יש לבחון בשבע עיניים את החשש לפגיעה בחופש הביטוי"**.⁴ דעת הרוב (כב' הנשיא גרוניס וכב' השופט פוגלמן) הניחה, לצורך הדיון בלבד, ש"מקום" בחוק העונשין הטרם-אינטרנטי הוא מושג שניתן להחילו גם על אתר אינטרנט. דעת הרוב קבעה כי אין למפקד המחוז סמכות להורות על צד שלישי – ספקי שירות האינטרנט – לחסום את הגישה לאתרים כלשהם.
 4. **המנגנון המוצע בהצעת החוק** הוא של סגירה מנהלית לפי הוראת מפקד המחוז במשטרה, ורק לאחר מכן ביקורת שיפוטית, ביוזמת האתר, עם הסדרים נוספים, כמפורט בהצעה.
 5. **אין צורך בחוק.** ספקי השירות מחויבים להציע למנוייהן שימוש בתוכנות סינון. להבנתי, כאשר הספקיות מקבלות תלונה על תוכן בעייתי, בעיקר פדופיליה, הן חוסמות את הגישה לאתרים כאלה, וטוב מאוד שכך הן נוהגות. רשתות חברתיות דוגמת פייסבוק, טוויטר ואינסטגרם הנהיגו מנגנוני דיווח של גולשים, שמסבים את תשומת הלב של הרשתות לתכנים לא חוקיים או שנויים במחלוקת, ואלה נבחנים, ולפי העניין, מוסרים. **במילים אחרות, קיימים מנגנונים של הסדרה פרטית שבהם נחסמת בפועל הגישה לאתרים מהסוג החמור ביותר שבו עוסקת ההצעה – פדופיליה.** גם הצווים שהוציא בשעתו מפקד המחוז עסקו בהימורים, ולא באתרי פדופיליה.
 6. **מניעת פשע.** ככל שבאתרים שבהם מדובר יש עבירה לפי הדין הישראלי (ויש להעיר: הימורים מקוונים מותרים במדינות מסוימות אחרות. לגבי פדופיליה וסמים, אפשר להניח שאלה הן עבירות לא רק בישראל, אלא בכל מקום), הרי החסימה לא תגרום להפסקת הפשע. הפשע ימשיך להתקיים במקום שבו הוא מתקיים. תכלית החסימה איננה יכולה, אם כן, להיות מניעת הפשע מלכתחילה, אלא תכלית אחרת. יש לברר את התכלית ולהתאים את האמצעים לתכלית. כפי שאסביר בהמשך, אני סבור שלא נעשה כך בהצעת החוק הנוכחית.
 7. **מדרון חלקלק.** מרגע שתיקבע מסגרת לחסימת תכנים באופן מנהלי, ייפתח פתח מסוכן להוספת עבירות לחוק. אכן, לשם כך יהיה צריך תיקון של החוק, אולם קל לדמיין דרישה ציבורית לחסום אתרים שונים ומשונים שיש בהם תכנים שעלולים לפגוע ברגשות של קבוצת אוכלוסייה מסוימת, או בעמדות של הרוב. רוב ומיעוט, כידוע, הם עניין משתנה.
 8. **חופש הביטוי.** בית המשפט העליון הדגיש בפסק דינו הנ"ל, פעמיים, כי תיקון חקיקה לצורך הסמכת המשטרה להורות לספקים על חסימת אתרים חייב לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵ כלומר, בית המשפט סבור שבחסימת אתרים יש פגיעה בזכויות מוגנות. הזכויות המוגנות שנפגעות במהלך כזה הן חופש העיסוק וזכות הקניין של מפעילי האתרים, ובאלה איני עוסק כאן, והזכות לחופש הביטוי: של מפעילי האתר, ובעיקר, של הציבור.
- אכן, חומר פדופילי הוא אונס. פדופיליה אינה מוגנת תחת חופש הביטוי. מכירת סמים אינה "ביטוי", וגם הימורים כשלעצמם, אינם "ביטוי". אולם במקרים רבים, הגבולות אינם חדים ואינם ברורים.

⁴ שם, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁵ שם, בפסקה 16 ובפסקה 17 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

א. **לגבי פדופיליה**: בחוק העונשין אין הגדרה של "תועבה". יש מקרים שבהם אין מחלוקת. אולם במקרים אחרים עשויה להיות. למשל, החוק הישראלי אוסר גם שימוש בדמות מצוירת של קטינים. בארצות הברית נפסק, בבית המשפט העליון, כי הגבלה דומה אינה חוקתית. בית המשפט שם הסביר, כי המטרה הראשונה במעלה של איסורים על הפצת חומרים פדופיליים היא למנוע את מעשה האונס עצמו, ואילו בשימוש בציורים בלבד אין אונס פיזי. המחוקק הישראלי בחר בדרך אחרת, ואסר גם שימוש בציורים, ואני שותף לדרך זו, אולם הדוגמה ממחישה את התחום האפור של קביעת הגבולות של חופש הביטוי. האם תוכן מסוים הוא אמנות או פורנוגרפיה? האם אתר עם מידע רפואי הוא אתר לימודי או אתר פורנוגרפי? **אלה שאלות מורכבות. לעתים התשובה ברורה ולעתים היא עמומה. לכן, אני סבור שהתשובה להן צריכה להינתן על ידי בית משפט, ולא בהוראה מנהלית של המשטרה.**

ב. **לגבי הימורים מקוונים**: האם משחק פוקר הוא משחק חשיבה או הימורים אסורים? האם אתר הימורים שהוא חוקי ב"מדינת מושבו" הוא בהכרח בלתי-חוקי בישראל? בעניין הזה, העבירה הקיימת בחוק העונשין אוסרת **עריכת הגרלות והימורים**. כלומר, עצם הצפייה של גולש באתר הימורים איננה עבירה, וכנראה שגם השתתפות בהימורים (להבדיל מעריכתם) אינה עבירה. ולכן, לפי עקרונות בסיסיים של משפט פלילי, מה שלא נאסר - מותר. חסימת הגישה לאתרים כאלה לא תמנע את ההימורים עצמם – שנערכים ממדינה אחרת, שבה ייתכן שהם מותרים, אבל כן תמנע מגולשת ישראלית לצפות באתר, פעולה שהיא עצמה אינה בלתי חוקית בישראל.

ג. **לגבי סמים**: האם מדובר באתר לימודי על כימיה, פיזיקה ורפואה, או אתר אחר? גם כאן, האיסור בחוק הוא על סחר בסמים. חסימת הגישה תחסום אולי במעט, ובאופן זמני, את ההיצע, אבל לא תטפל בבעיית הביקוש. צרכני הסמים המקוונים (ככל שיש כאלה, איני מכיר את הנתונים, וחשוב שאלה יוצגו לוועדה), ימצאו את הדרך לרכוש את הסמים.

כאמור, איני יודע את התשובות לשאלות קשות במצבים שנמצאים בתחומים אפורים, ונדמה לי שאי אפשר לתת תשובות מראש לשאלות אלה. נוכח זה, **האם ראוי שהמשטרה תקבע בעצמה, באופן חד צדדי את התשובות לכך? אני סבור שלא.**

9. **אתר אינטרנט אינו מקום פיזי**. בית המשפט העליון מוכן היה להניח לצורך הדיון שערך, כי בעת פרשנות חוק העונשין, אתר אינטרנט שקול, משפטית, ל"מקום". הדיון הזה נערך בפסק הדין לצורך בחינת סמכותו של מפקד המחוז. הצעת החוק מתייחסת בפועל לאתר אינטרנט כאל מקום פיזי, עם מעט הבדלים. אולם ההבדלים רבים, ואין בהצעה הנוכחית רגישות להקשר השונה.

בראש ובראשונה, באתר הפיזי אין בדרך כלל היבטים של חופש ביטוי. באתר האינטרנט יש.

בנוסף, מקום הימורים פיזי גורר איתו בדרך כלל פגיעה מסוג מסוים – אלימות, זנות, סמים. אלה אינם קיימים באתרים מקוונים. באתרי הימורים מקוונים עשויים להתעורר קשיים אחרים – למשל פיתוי להמר, קלות הגישה להימורים, שעלולה להביא אנשים נורמטיביים ליפול בפח מסוכן. איני מומחה לתוצאות של הימורים פיסיים מול הימורים מקוונים, אולם ברור שיש הבדלים. הדעת נותנת שיש להתאים את האמצעי למטרה, וכאן, בהצעת החוק, המטרה לא הוגדרה דיה. אם המטרה היא למנוע את "הנפילה בפח ההימורים", הרי שהפתרון אינו בחסימת הגישה לאתרים, שהרי דווקא המהמר שאינו מסוגל לעמוד בדחף ימצא את הדרך להגיע לאתרים אלה, או גרוע מזה, לאתרים מפוקפקים עוד יותר. את הפתרון צריך לחפש

במקום שבו נמצאת הבעיה: נתיב הכסף. למשל, חוק פדרלי בארצות הברית מגביל סליקת כספים להימורים.⁶ חסימת אתרים לא תפתור את הבעיה הזו.

הצעת החוק הנוכחית מתעלמת מהבדלים האלה. יש להתאים את הכלים לסוג האינטרסים והערכים (או בשפה חוקתית: לתכלית) שעליהם אנחנו מבקשים להגן ולסוג הנזקים שאותם מבקשים למנוע.

10. **חופש לגלוש.** הפגיעה איננה רק בחופש הביטוי של מפעילי האתרים, אלא בחירות הגלישה של אזרחי ישראל. בכמה מדינות כבר נקבע הזכות לגישה לאינטרנט כזכות יסוד. הגבלה על הגישה למידע פוגעת בצורה מובהקת בחופש של האזרח להחליט בעצמו מה ראוי לו ומה לא. אכן, אין זכות לגלוש ולגשת לתכנים שנקבעו בחוק כאסורים. אולם המדרון החלקלק והקושי המובנה שיש בהגדרת תחום הביטויים המוגנים, עלול להביאנו לפגיעה בחירות הגלישה.⁷

11. **היתכנות טכנולוגית.** חסימת גישה לאתר אינה אפקטיבית. אתר שייחסם – אם חשוב למפעיליו להגיע לקהלים מסוימים, מיד יקימו אתר חדש, בשם שונה ו/או בכתובת IP שונה. מנגד, גולשים שייחסמו, ובמיוחד אלה בעלי הכוונה הפלילית או הזדונית, ימצאו בקלות רבה את הדרך לעקוף את החסימה, בין בהתחברות לספק שירות וירטואלי, בשימוש בפרוקסי, או בשלל אמצעים טכנולוגיים שעוד יבואו.

12. **תגובת-נגד טכנולוגית.** חשוב בהקשר הזה להבין שהמשפט והטכנולוגיה מגיבים זה לזה. ככל שיד המשפט תכבד על האתרים ועל גולשים, תהיה תגובת-נגד טכנולוגית, עם דרכים עוקפות שבהן יקשה עוד יותר על המשטרה לנהל את מלאכת אכיפת החוק החשובה. חקיקת חוק שיעקף (ולא ייאכף) תביא לזילות החוק, לא לאכיפתו.⁸ מכאן אין להסיק שהסדרה של התנהגות בקשר לטכנולוגיה פסולה מיסודה. הסדרה אפשרית, אולם היא צריכה להיעשות בזהירות ובתבונה, צעד צעד, ולא באופן גורף.

13. **בקרה שיפוטית מוקדמת.** הצעת החוק מבקשת לנקוט הליך של סגירה משטרית-מנהלית תחילה, ובקרה שיפוטית (אולי) לאחר מכן. זהו הליך של prior restraint. כאשר יש חשש לפגיעה בחופש הביטוי, המשפט הישראלי בעקבות מדינות דמוקרטיות רבות, מגביל מאוד פגיעה כזו. לכן, גם אם תסבור הכנסת שיש מקום לחקיקה, **ההליך צריך להיות הפוך. במצב הרגיל, אין דחיפות יתרה בסגירת אתרים. דרך המלך צריכה להיות פניה מוקדמת לבית המשפט, לפני סגירה מנהלית. סגריה מנהלית צריכה להיות שמורה למצבים חריגים ודחופים בלבד.**

14. **הליך שיפוטי.** בית המשפט צריך לקיים דיון במעמד שני הצדדים, ככל שהצד השני יתייצב. אם לא יתייצב, הדיון יהיה פשוט יותר. דיון כזה עדיף בכל היבט מאשר הליך חד-צדדי. הליך שיפוטי לפני סגירה יאפשר בקרה של גורם ניטראלי, לאחר שמומשה זכות הטיעון של מי שעלולים להיפגע במישרין. הליך שיפוטי יאפשר לבחון האם החסימה תועיל למנוע פשע (וכאמור, חסימה אינה בהכרח מונעת את העבירה עצמה, שתמשיך להתקיים באינטרנט, כך בקשר להימורים מקוונים וסחר בסמים. בקשר לפדופיליה, המצב

⁶ ראו (Unlawful Internet Gambling Enforcement Act of 2006 (UIGEA).

⁷ עוד על החופש לגלוש, ראו מיכאל בירנהק "החופש לגלוש בספריות ציבוריות" משפט וממשל ו 421 (2003).

⁸ עוד על האפקטיביות של החוקר, ראו את מאמרה של השופטת מיכל אגמון-גונן "האינטרנט כעיר מקלט! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגית וגלובליות הרשת" בתוך **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע** 207 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

שונה).⁹ הליך כזה יאפשר בדיקה של חופש הביטוי, בדיקה של ההיתכנות הטכנולוגית של החסימה, ודיוק בחסימה, אם כך יוחלט.

15. **פרטי ההליך המוצע.** הצעת החוק אינה רגישה דיה לחופש הביטוי, לרגישות הסוגייה, ולהבדלים שבין אתר הימורים או מכירת סמים פיסיים לאתרים מקוונים. ההצעה מתיימרת להיות מידתית בכך שהיא דורשת "יסוד סביר לחשד" (ולא חשש, כפי שנכתב בטעות, אני מניח, בס' 4ב(א) המוצע), ובניסיון לשרטט קו בין תכנים עברייניים לאחרים ב"אתר מעורב". אולם אין בכך די. הצעת החוק צריכה להבנות את שיקול הדעת של המשטרה בצורה הדוקה בהרבה, ולהבטיח, בדרך של ערובות פרוצדוראליות, הליך שימזער את הפגיעה בחופש הביטוי למינימום ההכרחי, רק כאשר התכלית ראויה, ורק כאשר אין דרכים חלופיות.

באופן ספציפי:

א. **פנייה מקודמת.** אני סבור שכאשר מתעורר חשד סביר אצל המשטרה לקיומה של עבירה, המשטרה צריכה לפנות תחילה לבעלי או מפעילי האתר, ולבקש את תגובתם. אם לא תיענה, או לא תשתכנע, תוכל המשטרה לפנות בבקשה לבית משפט לחסימת אתר, אבל לא תוכל לנקוט סגירה מנהלית חד צדדית.

ב. בבקשה לבית המשפט יש להציג את האמצעים שנקטו לפניה למפעילי האתר ואת תגובתם.

ג. בבקשה לבית המשפט יש להציג דוח טכנולוגי לגבי ההיתכנות החסימה, האפקטיביות הצפויה שלה, וההשפעה של החסימה על גישה של אזרחים שומרי חוק לתכנים חוקיים.

ד. בשל המשמעות החריגה מאוד של בקשה כזו, את הבקשה צריך להגיש הגורם הבכיר ביותר במשטרה, קרי המפק"ל.

ה. בשל חריגות הבקשה, יש להפנותה לגורם שיפוטי בכיר מאוד. קרי, נשיא של בית משפט מחוזי, שעל החלטתו ניתן יהיה לערער לבית המשפט העליון.

ו. במקרים חריגים מאוד, שבהם יש דחיפות יתרה, תוכל המשטרה להוציא צו סגירה חד-צדדי, אולם רק לפי אישור אישי של המפק"ל. צו סגירה כזה יובא לאישור בבית משפט, ביוזמת המשטרה, שעליה נטל ההוכחה, תוך 24 שעות מהוצאת צו הסגירה.

ז. יש להבנות בחוק את שיקול הדעת של המשטרה. המשטרה צריכה לפרט ולנמק בבקשתה לבית המשפט את העבירה, את אפקטיביות החסימה המבוקשת (הדוח הטכנולוגי), את הפגיעה האפשרית בחופש הביטוי, האם נשקלו חלופות (למשל, האם לספק השירות יש מנגנון של הסדרה פרטית של תלונה, בדיקה וחסימה?), ומהן.

ח. יש להבנות בחוק את שיקול הדעת השיפוטי. החלטת בית המשפט צריכה להיות מנומקת ופומבית. יש להנחות את בית המשפט לשיקול את העבירה, את הראיות לקיומה, מול הפגיעה בחופש הביטוי ככל שקיימת, הן של מפעילי האתר והן של הציבור. ככל שיש פגיעה כזו, המבחן צריך להיות מבחן הוודאות הקרובה שפותרת בפסיקת בית המשפט העליון: האם יש חשש ממשי לפגיעה ודאית באינטרס ציבורי שראוי להגנה? או, במילים אחרות, המבחן צריך להיות זה של

⁹ השוני בקשר לפדופיליה הוא שעצם החזקת חומרים פדופילים היא עבירה לפי ס' 214 לחוק העונשין.

פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהנחה שתהיה הסמכה בחוק, האם התכלית ראויה? האם הצו מידתי, במובן של שלושת מבחני המידתיות שפותחו בבית המשפט בעשרים השנים האחרונות? בהקשר הזה, יש לזכור שחסימה של גישה לאתרים לא תמנע את מרבית הפשעים, שימשיכו להתרחש.

ט. **חובת דיווח.** הכנסת צריכה לקבל דיווחים עתיים על מספר הבקשות שהוגשו לבית המשפט, על סגירות מנהליות דחופות, על העבירות שבהן מדובר, וחשוב לא פחות, על האפקטיביות וההצלחה של הסגירה. חובת דיווח כזו תחייב את המשטרה לבחון את האפקטיביות של הסגירה, ונתון זה יאפשר לכנסת להעריך את התועלת שבחקיקה. חובת דיווח כזו תשרת גם את השקיפות הדרושה, שקיפות שהיא עקרון יסודי בשיטת המשפט הדמוקרטית, ושאותה מקדמת ובצדק רב שרת המשפטים.

י. **הוראת שעה.** הצעת החוק חריגה מאוד בנוף המשפט הישראלי, בנוף המשפט במדינות דמוקרטיות. הדוגמה הבולטת למדינות שאין בהן עקרונות דומים היא סגירת טוויטר בטורקיה ב-2013. כדי שישאל לא תידמה חלילה למדינות כאלה, ראוי שהוראת החוק תהיה הוראת שעה, לתקופה של שנתיים לכל היותר, במהלכה ייבחנו הדברים, האפקטיביות שלהם, התועלת והנזק, ככל שיהיו.

16. **חסרים בחוק.** בית המשפט העליון ציין בפסק דינו כמה היבטים שעליהם יש לתת את הדעת בחקיקה עתידית, כמו זו שמונחת כעת על שולחן הכנסת. בין היתר, העיר בית המשפט על הצורך להתייחס לעלויות שנובעות מהחסימה (כלומר, שיפוי הספקיות על עלויותיהן), וחשוב מזה, "גדר האחריות של ספקיות הגישה כלפי צדדים שלישיים, כגון גולשים ובעלי אתרים שהגישה אליהם תיחסם". כלומר, מי יפצה גולשים ובעלי אתרים שנחסמו בטעות? בצורה מרחיבה מדי? אין בהצעת החוק הנוכחית התייחסות לנקודות אלה, וראוי להשלים את החסר.

אני שותף מלא לצורך להיאבק בעבריינות בכלל ובעבירות המנויות בהצעת החוק בפרט. אולם, אני סבור שאין בהצעת החוק קשר ישיר בין המטרה לבין האמצעים המוצעים בה; האמצעים אינם מותאמים למטרה; נזקם עלול להיות רב מתועלתם. יש דרכים ראויות יותר – וחוקתיות, להתמודד עם הקשיים.

בברכה,

פרופ' מיכאל בירנהק
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב