

ח' בשבט התשפ"ד
18 בינואר 2024

עבור: הלשכה המשפטית של הכנסת

מסמך רקע לדיון בעניין התנהלות חברי הכנסת ברשתות החברתיות

לבקשתכם, איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)¹ והקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר באוני' העברית,² מרכזים במסמך זה את עיקרי התובנות והעמדות המקצועיות שלנו לגבי הדין הישראלי יחד עם סקירה וניתוח של הליכים וסוגיות חוקתיות-מינהליות דומות במשפט המשווה העכשווי.

א. נקודת המוצא לבחינת הדין הראוי: המצב המשפטי בישראל לאחר פסיקת בית המשפט

העליון בעניין רובינשטיין נ' קוניק

ביום 21.12.2023 ניתן פסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון בערעור בשאלת המעמד הציבורי של חשבונות אישי ציבור ברשתות החברתיות והייחודיות שלהן כפלטפורמה לתקשורת ושיח ציבורי (בשונה מאתרי אינטרנט), המספק מסגרת משפטית-חוקתית חדשה לבחינת היקף הפגיעה בחופש הביטוי שנגרמת כאשר נבחר ציבור חוסם אנשים פרטיים.³ בית המשפט העליון קיבל במלואו ערעור שהגישה הקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר של אוניברסיטה העברית בירושלים, בתמיכת איגוד האינטרנט הישראלי. הערעור הוגש בשם רובינשטיין (להלן – "המערער"), תושב גבעתיים שנחסם מחשבון הטוויטר של ראש העיר כאמור. רובינשטיין נחסם לאחר שמתח ביקורת נוקבת על מדיניות האכיפה של ראש העיר כנגד חניית רכבים על המדרכה.⁴

פסק הדין קבע שחסימה של אדם מחשבון ציבורי של ראש עיר עקב דברי ביקורת עניינים אסורה, שכן היא מהווה פגיעה בחופש הביטוי שלו, בנגישות שלו למידע ויתכן אף בזכותו לשוויון. מדובר בהכרעה תקדימית בשאלה עימה מתמודדים בשנים האחרונות ברחבי העולם (מקרה דומה תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון בארה"ב, עליו יפורט בהמשך).

¹ איגוד האינטרנט הישראלי הוא עמותה בלתי תלויה וללא כוונת רווח, המנהלת שתי תשתיות אינטרנט חיוניות בישראל - מרשמי שמות המתחם המדינתיים ("il" ו-"ישראל") והפצת המידע על אודותם ל-DNS, ומחלף האינטרנט הפנים-מדינתי (IIX). במקביל לפעולתו התשתיתית, פועל האיגוד לקידום ושמירה על עקרונות דמוקרטיים בפעולתה של האינטרנט כתשתית טכנולוגית, מחקרית, חינוכית, תרבותית ועסקית בישראל. למידע נוסף, ראו <https://www.isoc.org.il>.

² הקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר פועלת כחלק מהמרכז לחינוך משפטי קליני ומרכז פדרמן לחקר הסייבר באוניברסיטה העברית. הקליניקה שמה לה למטרה קידום ההגנה על זכויות במרחב הסייבר, באמצעות מתן סיוע משפטי פרו-בזכויות לזכויות אדם במרחב הסייבר נפגעו, והשתתפות בהליכי חקיקה או הליכים מנהלים הנוגעים לזכויות במרחב הסייבר. הסטודנטיות ים בקליניקה לומדים רקע תיאורטי נדרש לצורך פעולות אלה, ונחשפים מכלי ראשון לתפקיד של המשפט בהגנה על זכויות אדם במרחב הסייבר, יתרונותיו ומגבלותיו. זאת תוך בחינת הפער הקיים בין המשפט 'עלי ספר', למשפט במעשה, ובחינה ביקורתית של מערכת המשפט הקיימת והפערים הקיימים בינה לבין הסיבה הטכנולוגית המשתנה. ראו <https://clinicallec.huji.ac.il>.

³ ע"מ 7659/22 רובינשטיין נ' קוניק (21.12.2023); ע"מ (מחוזי ת"א) 61176-10-20 רובינשטיין נ' עיריית גבעתיים ואח' (2022).

⁴ נוסח הצינף שהוביל לחסימה: "הולך רגל הולך נהרג כשהג עלה על המדרכה בגבעתיים. רחוב המעיין פינת וייצמן. עדין לא ברור מהי הסיבה שנהג רכב נוסע על המדרכה, אבל זה לא מחזה נדיר שרן קוניק ומשטרת ישראל מעודדים באופן יומיומי. עד שישתנה סדר העדיפויות בגבעתיים נמשיך לחזות בהרוגים ופצועים באופן יומיומי". להרחבה על עמוד הטוויטר המדובר ותיעוד חילופי הדברים בין המערער לראש העיר, ראו: <https://www.isoc.org.il/regulating-digital-services/israel/supreme-court-case-7659-22>.



הקביעה לפיה חסימה של אדם מחשבון ציבורי של נבחר ציבור פוגעת בזכויות שלו, ובראשן בזכות לחופש הביטוי ובנגישות למידע אינה טריוויאלית. הרי השימוש ברשת חברתית פתוח לכולם, והעובדה שאדם חסום מחשבון של ראש העיר אינה מונעת ממנו לפרסם את הביקורת בחשבון שלו עצמו. חסימת האדם אינה מונעת ממנו לצרוך את המידע מאפיקים אחרים – לדוגמא מהחשבון או האתר של העיריה ולא של ראש העיר. לשמחתנו, בית המשפט הבין היטב שבשל המאפיינים של הרשתות החברתיות, חסימה כזו מונעת הלכה למעשה את ההשתתפות האפקטיבית של אותו האדם בשיח הציבורי. כך, שכן החסימה מונעת ממנו להשתתף בשיח בזמן הקריטי בו הוא מתנהל ובפני הקהל הרלוונטי לשיח ומכאן שמדובר בפגיעה משמעותית. לענייננו, אם המערער יפרסם את אותה התגובה מבלי האפשרות לתייג את ראש העיר, היא תזכה לתהודה פחותה, העוקבים אחר ראש העיר לא יחשפו אליה כלל (אלא אם במקרה הם עוקבים גם אחרי המפרסם), וגם אם יחשפו זה יהיה במנותק מההקשר הכללי של הדיון. השופטת רונן אף הוסיפה כי מדובר בפגיעה בשוויון של המערער אל מול יתר תושבי העיר ש'דלת' החשבון של ראש העיר פתוחה בפניהם.

הבהרה חשובה נוספת בפסק הדין היא שהעובדה שיש לעיריית גבעתיים חשבון נוסף, או כי לראש העיר יש חשבון רשמי ברשת אחרת (פייסבוק) אינה מהווה חלופה אפקטיבית לחשבון ממנו נחסם המערער כשלעצמה. זאת משום שלחשבון העירייה כמעט ואין עוקבים, ודאי ביחס לחשבון של ראש העיר, ובחשבון בפייסבוק לא מתנהל השיח בנושאי תחבורה ציבורית כפי שהוא מתנהל ברשת הטוויטר. במצב דברים זה, החשבון של ראש העיר, הוא ככיכר העיר, וחסימה של אדם מהחשבון כמוה כסילוק אדם מהפגנה בטענה שהוא יכול להחזיק את אותם השלטים ברחוב מחוץ לביתו.

ואכן, עיקר הערעור נסוב דווקא סביב שאלת סיווג החשבון של ראש העיר – פרטי או ציבורי? בנסיבות המקרה התקדימי הזה, מדובר בחשבון שמתופעל על ידי ראש העיר באופן אישי ללא הקצאת כספים ציבוריים, ומפרסם בו לעיתים גם תכנים פרטיים או פוליטיים שאינם קשורים לתפקידו כראש עיר – על כן לטענת ראש העיר מדובר בחשבון פרטי. המערער לעומת זאת ממחיש כיצד לצד אותם תכנים פרטיים, החשבון משמש לקשר יומיומי בין ראש העיר לתושביה: תושבים מדווחים לראש העיר באמצעות החשבון על מפגעים בעיר, והוא עונה להם ומעדכן על תיקונם; תושבים שואלים וראש העיר מעדכן בפרטים אודות שירותי העיר בחינוך, רפואה, וטרינריה ועוד. בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר בחשבון פרטי, ולכן דחה את העתירה. בית המשפט העליון הפך קביעה זו והבהיר כי מדובר בחשבון ציבורי תוך הסתמכות על מאפייני השימוש בחשבון, גם אם לא נעשה בו שימוש במימון ציבורי.

ב. התיאוריה והפרקטיקה של חופש הביטוי בעמודי רשתות חברתיות של נבחר ציבור –

משפט משווה

השאלה האם נבחר ציבור רשאים להסיר ולחסום משתמשים מדפיהם ברשתות החברתיות מעוררת סוגיות יסוד של הזכות לחופש ביטוי ושיח ציבורי במרבית שיטות המשפט המערביות בשנים האחרונות, וזכתה לדיון חוקתי נרחב בזירה האמריקנית במיוחד. בשנת 2017, נשיא ארה"ב (באותו זמן) דונאלד טראמפ חסם מספר משתמשים אמריקאים בחשבון הטוויטר הפרטי שלו. המשתמשים, בתמיכה של מכון נייט לתיקון הראשון

לחוקה (Knight First Amendment Institute), תבעו את טראמפ בטענה שחסימתם בידי טראמפ היא בניגוד לתיקון הראשון לחוקה. התיקון הראשון לחוקה אוסר על גורמי ממשל להגביל את חופש הביטוי, ולטענתם כאשר הנשיא חוסם את היכולת שלהם להביע דעה עליו ברשתות – הוא מגביל את חופש הביטוי שלהם בצורה אסורה.

בית המשפט הפדרלי ובית המשפט הפדרלי לערעורים (Court of Appeals for the Second Circuit) קבעו שפעולותיו של טראמפ אכן הפרו את זכויות התובעים מכוח התיקון הראשון לחוקה – חשבון הטוויטר של טראמפ הוא חשבון של גורם ממשלתי, והזכות החוקתית לחופש ביטוי מונעת מגורמים ממשלתיים בארה"ב לחסום אזרחים אמריקאים ברשתות החברתיות רק בשל הבעת דעות פוליטיות שאינן לרוחם.⁵ טראמפ ערער על החלטה זו לבית המשפט העליון של ארה"ב, אך עם בחירתו של בידן לנשיאות ארה"ב בשנת 2020, בית המשפט העליון של ארה"ב קבע שהדיון בתיק לא רלוונטי, שכן הוא מתייחס לחשבון של טראמפ עצמו, שבעת אין ספק שאינו חשבון של גורם ממשלתי רשמי.⁶

במהלך השנים 2022-2023 התקיימו הליכים דומים בבתי המשפט הפדרליים של ארצות הברית: בעניין **Freed**, נידונה מחיקת תגובות משתמשים בעמוד הפייסבוק הפומבי שמפעיל ראש עיר במדינת מישגן, כאשר בשנת 2020 ראש העיר מחק את תגובותיהם של לפחות 5 משתמשים שהגיבו על פוסטים בדף שלו, וחסם את החשבונות שלהם, באופן שמנע מהם גישה לדף לחלוטין. אחד מהמשתמשים הללו, שהביע ביקורת נגד מדיניותו של פריד ביחס להתמודדות עם מגפת הקורונה, תבע את פריד בטענה שהוא מפר את התיקון הראשון לחוקה, משום שמנע ממנו להביע את דעתו בפומבי. פסיקת בית המשפט הפדרלי לערעורים (Court of Appeals for the Sixth Circuit) מיום 27.06.2022 דחתה את עמדת בתי המשפט האחרים בעניינו של טראמפ.⁷ בית המשפט קבע כי לא מספיק שחשבון ייראה כאילו הוא חשבון ממשלתי רשמי כדי שייחשב גורם ממשלתי, אלא יש לבחון האם נעשה שימוש במשאבים ממשלתיים או בעובדי ממשל לניהול הדף, והאם חזות הדף מספקת לו סמכות ומשמעות ממשלתית של ממש.⁸

בעניין **Garnier**, נידונה מחיקת תגובות ביקורתיות של משתמשים בחשבונות הטוויטר והפייסבוק של מספר נציגים בחבר הנאמנים של מחוז בתי ספר במדינת קליפורניה. הנתבעים פתחו חשבונות טוויטר ופייסבוק פומביים בנוסף לחשבונות הפרטיים שלהם. בחשבונות אלה עשו שימוש לצורך פרסום הודעות, הנחיות, הישגים ותזכורות הקשורות למחוז בתי הספר שלהם מתוקף תפקידם. כמו כן, הציגו את עצמם כ"גורמים ממשלתיים רשמיים" ופרטי יצירת הקשר שהזינו בחשבונות האלו הם פרטי יצירת הקשר של חבר הנאמנים. הנתבעים חסמו את התובעים, בני זוג שילדיהם לומדים במחוז, לאחר שהגיבו מאות תגובות ארוכות וחזרתיות המבקרות את

⁵ Knight First Amendment Institute. v. Trump, 928 F. 3d 226 (2019).

⁶ Biden v. Knight First Amendment Institute, 593 US Supreme Court (2021) (קישור). להרחבה על משמעותיה החוקתיות של הפסיקה האמריקנית ראו גם בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין קוניק, לעיל ה"ש 3.

⁷ Kevin Lindke v. James R. Freed, 37 F.4th 1199 (6th Cir. June 27th 2022) (קישור).

⁸ שם, בעמוד 9-10 לפסק הדין.

פעילות חבר הנאמנים של המחוז בפוסטים של החשבונות הפומביים של הנתבעים בטוויטר ובפייסבוק. בני הזוג טענו שחסימה זו מהווה הפרה את זכויותיהם לפי התיקון הראשון לחוקה, שכן הם הגיבו בצורה עניינית על דפים ציבוריים של נבחר ציבור, שהגדירו עצמם ככאלה. כך, הנתבעים, שהם גורמים ממשלתיים, מנעו מבני הזוג להביע את דעתם בפומבי. בית המשפט הפדרלי לערעורים (Court of Appeals for the Ninth Circuit) פסק לטובת התובעים ביום 27.07.2022, וקבע כי הנתבעים הפרו את זכויות התובעים מכוח התיקון הראשון לחוקה.⁹ זאת אף אם תגובות התובעים היו חזרתיות, מוגזמות באורכן וחסרות ערך של ממש. חסימתם היא פתרון מוגזם, שכן היא מונעת כל תגובה עתידית וכל צפייה של בני הזוג בתכנים של החשבונות, באופן שפוגע קשות בזכותם לחופש ביטוי. בית המשפט התנגד במפורש לפסיקה בעניין Freed, והסביר כי לצורך בחינה האם מדובר בגורם ממשלתי יש צורך להשתמש במבחן הקשרי, אשר מתחשב במראה, בפעולות ובסמכות הנחזית של הפרופיל ביחד – גם אם לאיש ציבור אין סמכות ציבורית אמיתית שמופעלת דרך פרופיל ברשת חברתית, מספיק שהחשבון משמש אותו לצורכי ביצוע תפקידו, או נחזה ככזה, כדי שתחול עליו החובה לכבד את חופש הביטוי.¹⁰

הצדדים בשני ההליכים ערערו על החלטות אלו לבית המשפט העליון של ארה"ב באוקטובר 2022. ביום 24.04.2023 הסכים בית המשפט העליון לדון בתיקים במאוחד, וביום 31.10.2023 התקיים דיון בתיק שבו הצדדים הציגו את עמדותיהם בפני בית המשפט.¹¹

ג. עמדתנו בדבר פיתוח הדין הראוי בישראל

ההכרעה לפיה חשבון יחשב כציבורי גם אם הוא לא ממומן מכספי הרשות כל עוד מבחינה מהותית הוא משמש את נבחר הציבור לצרכי תפקידו, היא הכרעה הכרחית ומשמעותית בסביבה הטכנולוגית. מרבית החשבונות הבולטים של נבחר הציבור אינם מופעלים ע"י עובדי הרשות (לדוגמא החשבון העיקרי של נתניהו ברשת טוויטר מתופעל על ידי מפלגת הליכוד ולכן לטענתו חשבון פרטי). כל קביעה אחרת היתה פותחת פתח רחב לעקוף את כללי המשפט הציבורי, ומרוקנת אותו מתוכן.

הרי הרשתות החברתיות נגישות לנבחר ציבור כפי שהן נגישות לאדם הפרטי ללא תשלום כספי. במצב זה, לנבחר הציבור יש פלטפורמה חנימית לפרסם בה את פועלם ולקיים קשר שוטף עם הציבור, וכך לצבור חשיפה וכח פוליטי רב, וכראייה רובם המוחלט משתמשים ברשתות החברתיות. האיום של ראש העיר שהוא מתכוון לעזוב את הרשת החברתית בעקבות פסק הדין, בעינינו אינו משכנע. הציבור מצידו זוכה לאפיק תקשורת בלתי אמצעי ומאד זמין (כל עוד לא נחסמת...) לנבחר הציבור, בו כל אחד יכול להגיב, לשאול, לבקש מנבחר הציבור את אשר על ליבו. אולם, להשטחת הקשר בו ניצבים בשוויון מדומיין אזרח מצד אחד ונבחר ציבור מצד שני יש

⁹ Garnier v. O'Connor-Ratcliff, 41 F.4th 1158 (9th Cir. July 27 2022) (קישור).

¹⁰ שם, בעמוד 32 – 33 לפסק הדין.

¹¹ Docket 22-324, US SUPREME COURT (קישור). להרחבה ועדכונים, ראו: <https://www.isoc.org.il/regulating-digital-services/global-review/us-social-media-blocking>

מחיר. בעולם בו נבחר הציבור יכול להשתיק ביקורת, למחוק תגובות ולחסום מתנגדים נבחר הציבור שולט בשיח ויוצר תמונת מציאות מעוותת – כל זאת ללא כל מימון ציבורי. לו היה מאפשר בית המשפט את הזליגה של התנהלות נבחר הציבור ברשתות החברתיות אל עולמות המשפט הפרטי הוא היה מותיר את האזרחים ללא ההגנות על זכויותיהם החוקתיות לביטוי ולמידע.

לכן, יש לפתח את המדיניות המשפטית שהתווה בית המשפט העליון והעיקרון לפיו שימוש שהוא במהותו ציבור יהיה כפוף לכללי המשפט הציבורי, כתנאי להגנה על השיח הציבורי וחופש הביטוי וההשתתפות הדמוקרטית של אזרחים.

חשוב להדגיש, בניגוד לרושם שמנסים ליצור (לדוגמא ראש העיר עצמו שטוען כי מדובר בחשבון פרטי בו פורסמה הסתה פרועה, וכמחאה על פסה"ד בכוונתו לסגור את החשבון), מוסכם היה כי ישנן תגובות (לדוגמא דברי הסתה) שיצדיקו חסימה, לפחות לתקופה מסוימת. בנוסף מוסכם שנבחר ציבור יכול לנהל חשבון פרטי. המערער הצליח לשכנע כי מדובר בחשבון ציבורי של ראש העיר וכי הציף רחוק מלהיות ביטוי אסור.

הקביעה בפסק הדין לגבי חשבונות של ראש עיר יפה אף לחברי כנסת. על חשבונות הציבוריים של חברי הכנסת חלים כללי המשפט המנהלי, ועליהם לאפשר ביטויים על גבי החשבון שלהם, גם אם מדובר בביקורת נוקבת. בעת קביעת מדיניות מדיניות כללית לעניין ניהול חשבונות אלה ראשית יש להבהיר מי מבין החשבונות הוא ציבורי. בהיקש מפסק הדין, חשבון ציבורי הוא חשבון בו עושה חבר הכנסת שימוש לצורך תפקידו הציבורי, **זאת גם אם החשבון אינו ממומן באופן ישיר מתקציב ציבורי**. יודגש כי חשבונות אחרים של חבר הכנסת באותה הפלטפורמה או בפלטפורמה אחרת יהיו חלופה אפקטיבית אך ורק אם השיח על גביהם אכן מהווה חלופה הולמת מבחינת מספר העוקבים שאחר החשבון ואופי השיח המתקיים בו.

על נבחר הציבור להכיר בכך שמאפייני המרחב האינטרנטי, וביניהן המודל הכלכלי העומד בבסיסו מייצרים פגיעות חדשות בזכויות אדם שלא היו קיימות קודם לכן, ומצריכות מענה משפטי הולם. התמקדות בשאלת המימון הכספי אינה מתאימה בסביבה זו. בית המשפט בפסק דינו, הבין זאת היטב. בהמשך לכך על חבר הכנסת לקבוע מדיניות חסימה סבירה בחשבון שלו, וליישמה באופן שוויוני. מדיניות כזו אינה יכולה לכלול חסימה בשל דברי ביקורת לגיטימיים על נבחר הציבור. בנוסף לכך עליה לכלול התרעה מראש לפני חסימה או מחיקה של תגובה, מתן הנמקה להחלטה לחסום או למחוק תגובה, ומשך זמן פרופורציונאלי לחסימה במקרים בהם חסימה אכן מוצדקת.

באופן כללי יותר, יש לתת את הדעת לכך, שהרשתות החברתיות הן דוגמא פרטית לתופעה רחבה: רשויות השלטון מתנהלות בסביבה הטכנולוגית הקיימת כאילו הן צרכן רגיל. דוגמא לכך היא עמדת המדינה לפיה בקשה של יחידת הסייבר בפרקליטות מהרשתות החברתיות למחוק תכנים כלל אינה מהווה מעשה שלטוני, כי כל אדם יכול להגיש בקשה כזו. עמדה זו נדחתה על ידי בית המשפט שקבע כי אכן מדובר בפעולה שלטונית הכפופה לכללי המשפט הציבורי.¹² בדומה לשימוש ברשתות חברתיות, רשויות שלטון עושות שימוש תדיר

¹² בג"ץ 7846/19 עדאלה נ' פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר (12.4.2021).

באפליקציות של חברות פרטיות לצורך מימוש התפקיד השלטוני שלהן. כך לדוגמא שירותים ממשלתיים רבים מונגשים לנו על ידי אפליקציית ווטסאפ, או דפים ברשת חברתית ספציפית. לעיתים אין כל דרך ליצור קשר עם הרשות או להנות מהשירותים אותם היא מספקת, ללא שימוש באפליקציות אלה. האם שימוש של הרשות באפליקציה חנימית מהווה התקשרות שיש לדווח עליה? מה לגבי אדם הנחסס מרשת חברתית בשל החלטת הרשת? האם הרשות מחויבת להציע לו את השירות בדרך אחרת? ומה אם הרשת חברתית חוסמת אדם בכלל מהשימוש ברשת? האם היא חופשית לעשות זאת כאוות נפשה ככל גוף פרטי או אולי מדובר בגוף עם מאפיינים ציבוריים בעצם? האם הרשת החברתית יכולה להחליט לסגור את חשבוננו של נבחר ציבור? ומה לגבי כל המידע אודות המשתמשים שנועד לרשות הציבורית ומצוי בידי חברה פרטית? כידוע, המודל העסקי של הרשתות החברתיות בפרט, ואפליקציות טכנולוגיות רבות נוספות בכלל, בנוי על מתן שירות ללא תשלום כספי - חנימי לכאורה. אולם, החברות מוצאות דרכים שונות להפיק רווח יפה מהמידע שזורם אליהן על ידי המשתמשים, לרבות נבחר ציבור.

נשמח להציג בפני הוועדה את עמדותינו והתובנות האקדמיות והפרקטיות שלנו על מרחב הביטוי המקוון ברשתות החברתיות בישראל ולספק מידע נוסף והבהרות למסמך זה ככל הנדרש.

בברכה ובכבוד רב,

ד"ר אסף וינר
סמנכ"ל מחקר ומדיניות ציבורית,
איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

עו"ד דנה יפה
הקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר
האוניברסיטה העברית בירושלים