

02.08.2017

לכבוד,	לכבוד,	לכבוד,
מר חיים ויסמונסקי	מר שי ניצן	מר אביחי מנדלבלית
מנהל יחידת הסייבר	פרקליט המדינה	היועץ המשפטי לממשלה
רחוב הנרייטה סולד 1 ת"א	רח' צלאח אדין 29, ירושלים	רח' צלאח אדין 29, ירושלים
בפקס: 02-6468009	בפקס: 02-6271783	בפקס: 02-6467001

שלום רב,

הנדון: היעדר חוקתיות פעולות יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה

הריני לפנות אליכם בעניין שבנדון, ולבקשכם להפסיק לאלתר את הפעילות הבלתי חוקית אותה נוקטת יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה, המפעילה סמכויות רחבות למדיי ללא כל הסמכה בחוק; הכול מן הטעמים המפורטים להלן:

1. ממחציתה השנייה של שנת 2015, החלה לפעול במסגרת פרקליטות המדינה יחידת סייבר שנועדה, לפי דברי מנהל היחידה ד"ר חיים ויסמונסקי בדו"ח שפרסמה היחידה לסיכום פעילותה בשנת 2016 (להלן: **הדו"ח**), להתאים את יכולותיה של פרקליטות המדינה להתמודדות עם אתגרי האכיפה במרחב הסייבר.
2. סמכויות היחידה, כפי שתוארו בדו"ח, נרחבות הן, וכוללות אפיק של "אכיפה אלטרנטיבית" הכולל למעשה צנזורה על תכנים שלגישת צוות הפועל ביחידה עולים כדי פרסום האסור בדין, וזאת ללא מתן זכות שימוע וללא קיום הליך משפטי.
3. פעולותיה של יחידת הסייבר במישור הצנזורה ברשת, בחלקן הארי, הינן משוללות סמכות, מאחר ואין בנמצא חוק המתיר לגורמי הרשות המבצעת לצנזר פרסומים על סמך הכרעה מינהלית בלבד ובהיעדר הכרעה שיפוטית לפיה פרסומים אלה מפריים את החוק. כמו כן, אין בחוק הוראה מפורשת המסמיכה אף הסרת פרסומים שנקבע לגביהם כי הם עולים כדי עבירה פלילית, אף על ידי בית המשפט.
4. בפעולותיה האמורות, פוגעת היחידה בזכויות יסוד חוקתיות, נוטלת לעצמה סמכויות שמקומן ברשות השופטת, פוגעת בעיקרון שלטון החוק וחוקיות המינהל, ומפרה את עיקרון הפרדת הרשויות.

רקע:

5. לפי הדו"ח, יחידת הסייבר פועלת הן במישור האכיפה הפלילית המסורתית, על ידי פתיחה בחקירה והגשת כתבי אישום בעבירות המבוצעות ברשת, והן במישור "האכיפה האלטרנטיבית", בעיקר כלפי עבירות ביטוי ברשת. תחת האכיפה האלטרנטיבית, פועלת היחידה "להסרת התכנים האסורים, הגבלת הגישה אליהם דרך תוצאות החיפוש במנוע החיפוש, חסימת גישה אל התכנים, והשעייה או הרחקה

של משתמשי אינטרנט" (עמ' 4 לדו"ח). בתוך מסלול האכיפה האלטרנטיבית, פועלת היחידה באופן ישיר מול ספקיות השירות, הן על בסיס וולונטרי, להסרת התכנים האסורים (להלן: **המסלול הוולונטרי**), והן באמצעות פנייה אל בית משפט לבקשת צו שיחייב את הספקיות להסיר תכנים (להלן: **המסלול הפורמאלי**), וזאת כאשר ספקיות השירות אינן משתפות פעולה עם היחידה.

6. הדו"ח ממשיך ומתאר, בין היתר, את תחומי הפעולה של היחידה נגד פרסומים אסורים ברשת, ואלה הם:

א. "פרסומי הסתה לאלימות ולטרור, ותמיכה בארגוני טרור – זאת במסגרת צוות בין-משרדי, בראשות מנהל יחידת הסייבר, אשר הוקם על ידי שרת המשפטים, ח"כ איילת שקד, והשר לביטחון פנים, ח"כ גלעד ארדן, בחודש מרץ 2016, ואשר הקמתו אושרה בידי ראש הממשלה. בצוות שותפים גורמי הביטחון, משטרת-ישראל, משרד החוץ והמשרד לעניינים אסטרטגיים."

ב. "פרסומים אסורים כלפי עובדי ציבור על רקע מילוי תפקידם, הכוללים עברות של פגיעה בפרטיות, הסתה לאלימות, לשון הרע, העלבת עובד ציבור ועוד."

ג. "הפרה של חוקי איסור פרסום וצווים שיפוטיים האוסרים על פרסום עניינים משפטיים מסוימים (כגון עניינים הנוגעים לקטינים, זהות של עדים האסורה בפרסום, פרסום שמות מתלוננות בעבירות מין וכדומה)."

7. על פי הדו"ח, מאז תחילת עבודתה, הגיעו אל היחידה 2,241 תכנים שמפרים לכאורה את החוק. מתוכם, 1,554 תכנים הוסרו; 162 תכנים הוסרו חלקית; 422 תכנים לא הוסרו; 51 תכנים שלגביהם הוחלט שלא לטפל; ו-52 תכנים הנמצאים בטיפול (עמוד 5 לדו"ח). מתוך כלל הבקשות להסרת תכנים שהגישה היחידה, הבקשה לגבי 2,023 תכנים הייתה בעילה של הסתה לאלימות ולטרור; 155 בעילה של לשון הרע ופגיעה בפרטיות; 34 בעילה של הפרת צו איסור פרסום; ושני תכנים מתוקף עילה אחרת שלא צוינה.

פגיעה בחופש הביטוי, הפרדת הרשויות, עיקרון חוקיות המנהל וזכות הטיעון:

8. האופן בו מצנזרת יחידת הסייבר את התכנים שלגישתה עולים כדי ביטויים אסורים בחוק לוקה בפגמים, חוקיים וחוקתיים, כפי שיבואר בחלק זה.

9. הפגיעה בחופש הביטוי: הצנזורה אותה מפעילה יחידת הסייבר על תכנים ברשת מהווה פגיעה בלתי חוקתית בחופש הביטוי. נזכיר בהקשר זה כי חופש הביטוי הוא זכות יסוד חוקתית (בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1) 200, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006))

10. בהקשר שלנו, הקביעה של פרקליטות המדינה, באמצעות יחידת הסייבר, לפיה ביטוי מסוים המפורסם ברשתות החברתיות עולה כדי עבירה פלילית היא לכל היותר במעמד חשד שטרם הוכח. על יסוד חשד זה אין ביכולת יחידת הסייבר לפעול להשתת סנקציות כלשהן, לא כל שכן סנקציה חריפה בדמות צנזורה. ביטוי, גם אם אינו ערב לאזני הרשויות, אשר טרם נקבע כי הוא מהווה עבירה פלילית, אין הרשות רשאית לדרוש את הסרתו כלל. שכן, כל ביטוי אמור ליהנות מ"חזקת תקינות" (כפי שבעליו נהנים מחזקת החפות) עד להכרעת בית המשפט כי הוא מהווה עבירה פלילית. החשד, בפני עצמו,

שביטוי מסוים הוא פלילי, אינו יכול להצדיק את הצעד הקיצוני של צנזורה, המתבטאת בבקשה מצד יחידה הסייבר להסרת התוכן.

11. **על כן, בפניית מחלקת הסייבר לספקיות השירות בבקשה להפעיל צנזורה, על יסוד חשד שמדובר בביטוי האסור בחוק, וללא הכרעה סופית בעניין, יש משום פגיעה בלתי חוקתית בחופש הביטוי.**

12. **הפרת עיקרון חוקיות המינהל:** הצנזורה של ביטוי ברשתות החברתיות, בין אם הוא מפר איסורים בחוק ובין אם אינו מגיע כדי הפרתם, אינה נשענת על מקור סמכות בחוק, ועל כן, מפרה היא את עיקרון חוקיות המינהל, ולפיכך אינה חוקית. נזכיר בהקשר זה מושכלות ראשוניים: "אין סמכות לשום רשות מינהלית אלא אותה סמכות שהוענקה לה לפי חוק." (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 49 (מהדורה ראשונה, 1996)). עיקרון זה, עקרון חוקיות המינהל, מורה כי החוק "הוא המקור, כמו גם הגבול של כל תפקיד וכל סמכות של כל רשות" (שם, בעמ' 50). לא כל שכן, כאשר יש בפעולת הרשות משום פגיעה בזכות יסוד, ויפים לעניין זה דברי השופט פוגלמן בבג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479 (2010) (להלן: **עניין מנאע**):

"תחולתו של עיקרון חוקיות המינהל אינה מצטמצמת למצבים שבהם פוגעת הרשות בפעולתה. [...] עם זאת, כשפעולתה של הרשות עלולה להביא לפגיעה בזכות יסוד מוכרת, מקבלת ההקפדה על עיקרון זה משנה חשיבות. לפיכך, נקבע כי כאשר הפעולה המינהלית שבנדון עלולה להביא לפגיעה בזכויות הפרט, אין הרשות יוצאת ידי חובתה בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה."

עניין **מנאע**, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

13. ביטוי, ובמיוחד ביטוי פוליטי, נהנה מהגנה חוקתית ואין הרשות רשאית, על דעת עצמה, לצנזרו אלא היכן שניתנה לה סמכות מפורשת לעשות כן, שגם אז, יש להפעילה רק במקרים חריגים ותוך שמירה מירבית על חופש הביטוי (בג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617, 629-630 (1989)). במצב הנורמטיבי הקיים, החוק אינו מעניק כל סמכות להסרת ביטויים מהרשת, אף אם הם מהווים עבירה פלילית, ואין מקום לגזור מעצם סמכויות האכיפה של הפרקליטות, המתבטאות בכוח להעמיד לדין מבצעי עבירה, סמכויות צנזורה על התכנים מושא האיסורים הפליליים. לעניין זה, יפות הערותיה של כבוד הנשיאה דאז, ביניש, בעניין **מנאע** באשר לזהירות המתבקשת מגזירת סמכויות, במיוחד כשיש בהן משום פגיעה בזכויות יסוד:

"אני סבורה שכלל יש לפרש סמכויות אכיפה פוגעניות המקנות לרשות כח כפייה באופן מצמצם המחייב קיומה של הסמכה מפורשת. במקרים מעין אלה יש לעשות שימוש זהיר, אם בכלל, בפרשנויות מן הסוג של "קל וחומר" – במיוחד מקום בו קיים ספק האם אכן מדובר בסמכויות אכיפה הנגזרות ונלמדות מן הסמכות המקורית."

עניין **מנאע**, פסק דינה של הנשיאה (דאז) ביניש.

14. **הפגיעה בהפרדת הרשויות:** היומרה להכריע בשאלת פליליותו של ביטוי, ללא פנייה לערכאות וניהול הליך משפטי, ועל יסוד הכרעה זו קביעת סנקציה של צנזורה, מהווה נטילת סמכות שיפוטית וגוררת פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות.

15. יוצא כי, פקידים וגורמים מינהליים הנמנים על יחידת הסייבר והרשות המבצעת מכריעים בכוחות עצמם, במסגרת מנגנון האכיפה האלטרנטיבית, אם ביטוי מסוים עולה כדי "פרסומי הסתה לאלימות ולטרור, ותמיכה בארגוני טרור" או "פרסומים אסורים כלפי עובדי ציבור על רקע מילוי תפקידם, העוללים עברות של פגיעה בפרטיות, הסתה לאלימות, לשון הרע, העלבת עובד ציבור ועוד". לפיכך,

המסקנה המתבקשת היא שפרקליטות המדינה נוטלת לעצמה סמכויות שיפוטיות – השמורות לרשות השופטת – שלא כדין וללא כל סמכות (לעניין זה ראו: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א' 94 (2010)).

16. הפרת זכות הטיעון וההתגוננות: יחידת הסייבר מפרה את כללי הצדק הטבעי, לרבות זכות הטיעון וזכות ההתגוננות, שכן היא פועלת לצנזורה של ביטויים ברשת, וזאת ללא שמיעת עמדת בעליו. זאת ועוד, אף כשהיחידה פונה לבית המשפט לבקשת צו, שכאמור אף הוא נעדר סמכות, לחייב את ספקית השירות להסיר פרסום מסוים, הדיון מתנהל במעמד צד אחד, מבלי שיש הוראת חוק המאפשרת ניהול דיון כאמור, ואין ניתנת במסגרתו זכות התגוננות וטיעון כנדרש (לחשיבותה של זכות הטיעון, ראו: עניין **מנאע**, פס' 42 לפסק דינו של השופט פוגלמן; בג"ץ 7805/00 **אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים**, פ"ד נז(4) 577, 598 (2003); בג"צ 3379/03 **מוסטקי נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נח(3) 865, 889-890 (2004); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** 97529-498 (2010)).

17. על רקע כל האמור לעיל, ברי כי מנגנון האכיפה האלטרנטיבית, כפי שתואר בדו"ח יחידת הסייבר 2016, לוקה בפגמים משמעותיים ובהיעדר חוקיות באופן שמחייב את הפסקת עשיית השימוש בו לאלתר.

הפגיעה בחופש הביטוי על ידי פנייה לצד ג':

18. יודגש כי אין המדינה יכולה להיתלות בכך שמאמצי הצנזורה אותם היא מקדמת מיושמים בפועל על ידי חברות פרטיות המפעילות את הפלטפורמות שבהן מתפרסמים התכנים שלגישת יחידת הסייבר מפרים את החוק, וזאת משום שהיחידה, בהתנהלותה במרחבים אלו, כפופה היא לעקרונות המשפט הציבורי, גם אם עקרונות אלו אינם מחייבים את ספקיות השירות באופן ישיר (באשר לתחולת המשפט המינהלי בענייננו ראו: דפנה ברק ארז **המשפט המינהלי** כרך א' 15 (2010)).

19. על פי דו"ח יחידת הסייבר, בחלק מהמקרים פונה היא ישירות אל ספקיות השירות ואל מפעילות הרשתות החברתיות שמסכימות לצנזר את התכנים המבוקשים באופן וולונטרי. המקרים היחידים בהם מתבקש צו מבית המשפט הם אלה שבהם ספקיות השירות אינן משתפות פעולה על בסיס וולונטארי עם היחידה. וגם כשצו כאמור מתבקש, הוא נדון במעמד צד אחד, בלא דיון מהותי בשאלת פלילותו של התוכן אותו מבקשת היחידה לצנזר ומבלי מתן זכות טיעון לבעלי התוכן.

20. בהקשר זה יובהר כי שיתוף הפעולה מצד ספקיות הרשת במסלול הוולונטארי אין בו כדי להסיר מיחידת הסייבר את חובותיה. למותר יהא להזכיר כי עת פונה יחידת הסייבר בבקשה אל ספקית שירות להסיר תוכן מסוים המפורסם בפלטפורמה של אותה ספקית, היא (היחידה) פועלת בכובעה כרשות ציבורית ופנייתה זו, לרבות הפעלת שיקול הדעת במסגרת תהליך קבלת ההחלטה אם לבצע את הפנייה אם לאו, הינה בגדר פעולה מינהלית של רשות ציבורית, הכפופה לעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי. וזאת, גם אם ספקית השירות עצמה שאליה פנתה הרשות, בהיותה גוף פרטי, אינה מחויבת בעקרונות אלו. במילים אחרות: לא כל תוכן שספקיות השירות רשאיות להסיר על פי תקנון, יכולה הרשות לדרוש את הסרתו, מאחר שהאחרונה מוגבלת מכוח עקרונות המשפט הציבורי, שחולשים אף על שיגור בקשה לגורם פרטי להפעיל צנזורה על תוכן, בין אם אותו גורם יכול היה לצנזרו על פי תנאי השימוש שאותם קבע, בין אם לאו.

21. בהקשר זה, דבריו של הנשיא (דאז) ברק בבג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מנהלי מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: **עניין קעדאן**), לעניין חובת השוויון ותחולתה על פעולות הרשויות בכלל התחומים שבהם יש להן דריסת רגל, יפים, בשינויים המחויבים, אף לעניין חופש הביטוי:

חובתה זו של המדינה לפעול בשוויון חלה על כל פעולה מפעולותיה. היא חלה בוודאי מקום שרשויות המינהל פועלות בתחומי המשפט הציבורי. ברשימה ארוכה של פסקי-דין חזר בית-המשפט העליון והדגיש את חובתן של רשויות המינהל לפעול בשוויון כלפי הפרטים [...]. **חובת השוויון חלה גם מקום שהמדינה פועלת בתחומי המשפט הפרטי** [...]. אכן, ביסוד תפיסתנו עומדת הגישה כי המדינה ורשויותיה הם נאמני הציבור. רשויות השלטון מקבלות את הסמכות מן הציבור, שבחר בהן באופן שוויוני, ולכן הן גם חייבות להפעיל את הסמכות כלפי הציבור באופן שוויוני

...
'בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית-משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית-משפט זה" (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו [11], בעמ' 2115).

...
חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה." (ההדגשות הוספו)

עניין **קעדאן**, בעמ' 274.

22. ואכן, בהתאם לדברים אלו, הרי שפעולת יחידת הסייבר הכוללת מתן הוראות לספקיות רשת בדרישה להסרת תכנים מהווה פעולה של רשות והיא חייבת להפעילה בהתאם לעקרונות המשפט הציבורי, לרבות כיבוד חופש הביטוי וההקפדה על עיקרון החוקיות, הפרדת הרשויות וזכות הטיעון, וזאת במנותק מהשאלה מה הייתה רשאית ספקית הרשת, כגוף פרטי, לעשות.

לנוכח המובא בפנייתנו לעיל, הנכם מתבקשים לחדול לאלתר מהפעלת צנזורה על תכנים ברשת באמצעות מנגנון האכיפה האלטרנטיבית המופעל על ידי יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה, וזאת בשל הפגיעה הבלתי חוקתית בחופש הביטוי, הפרת עקרון חוקתיות המינהל, הפגיעה בהפרדת הרשויות, והפרת כללי הצדק הטבעי.

בכבוד רב,

מוחמד בסאם, עו"ד

פאדי ח'ורי, עו"ד