

21 נובמבר 2018

לכבוד,	לכבוד,	לכבוד,
מר חיים ויסמונסקי	מר שי ניצן	מר אביחי מנדלבליט
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 סמכות ואי חוקתיות פעולות יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה

סימוכין: מכתבנו מיום 2.8.2017

תגובתכם מיום 30.11.2017

בהמשך לפנייתנו ותגובתכם שבסימוכין, הרינו לפנות אליכם שוב בעניין שבנדון ולבקשכם להפסיק לאלתר את הפעילות הבלתי חוקתית אותה נוקטת יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: היחידה), לפיה פונה היחידה לספקיות תוכן, לרבות הרשתות החברתיות, בבקשות להסרת תכנים מהרשת, ללא כל הסמכה בחוק. הכול מן הטעמים המפורטים להלן:

1. ביום 2.8.2017 פנינו אליכם לראשונה בבקשה לחדול לאלתר מהפעלת צנזורה על תכנים ברשת באמצעות מנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" המופעל על ידי יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה.

2. בפנייתנו, עמדנו על אי החוקתיות הטמונה בפניית היחידה לספקיות תוכן, לרבות הרשתות החברתיות, בבקשות להסרת תכנים מהרשת, נוכח היותה פעילות הפוגעת בחופש הביטוי ומפרה כאמור שורה של עקרונות יסוד במשפט המינהלי והחוקתי, ללא כל הסמכה בחוק.

3. בתגובתכם מיום 30.11.2017 צוין כי היחידה פועלת בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, על פי נוהל עבודה סדור, אל מול גורמים שונים להסרה או לחסימת הגישה לתכנים המפרים, לכאורה, את הדין הישראלי ואת תנאי השימוש אשר נקבעו על ידי ספקי השירות עצמן. עוד צוין כי פניה להסרת תכנים כאמור נעשית אך ורק כאשר קיים אינטרס ציבורי המצדיק זאת וכי פעילותה של היחידה נובעת מחובתה הסטוטורית כגוף אכיפה למנוע המשך ביצוען של עבירות. כמו כן, הודגש כי היחידה אינה מסירה בעצמה את התכנים מהרשת, כי אם פונה לספקיות השירות בלבד ומציינת בפניהם כי סוג התוכן המסוים מפר לכאורה את תנאי השימוש שלהם עצמם, ואלה פועלות באופן וולונטרי להסרת התכנים.

4. ואולם, לא ניתן למצוא בתגובתכם כל מענה לפגמים החוקתיים והחוקיים הטמונים בפעילות היחידה ושפורטו כאמור בפנייתנו. ראשית, בהיעדר הסמכה בחוק או על פיו המאפשרת ליחידה לפנות בבקשות כאמור, ברי כי לא ניתן לראות במקור אחר כלשהו, לרבות נוהל עבודה סדור שגובש בהנחיית היועץ

- המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, כעונה על דרישת ההסמכה המפורשת בחוק, הן ככלל והן נוכח הפגיעה הקשה בחופש הביטוי הגלומה בהסרת תכנים מהרשת באופן חד צדדי על-ידי המדינה בפרט.
5. כמו כן, סמכותה הסטטוטורית של הפרקליטות בעניין זה מוגבלת לאפשרותה לפנות בדיעבד לערכאות על-פי דין ולסמכותה להעמיד חשוד לדין ככל שמתעורר חשד כאמור, כאשר בית המשפט הוא הגוף היחיד המוסמך לקבוע, לאחר דיון במעמד הצדיים, אם פרסום מסוים אכן מקים עבירה אם לאו, ולהורות בשל כך על עונשים שונים.
6. משכך, פעילות זו מנוגדת אף לעקרון הפרדת הרשויות וכללי הצדק הטבעי, שכן היחידה נוטלת לעצמה את הסמכות לפעול – באופן חד צדדי, ללא פניה מוקדמת לערכאות ועל סמך חשד לכאורי בלבד – להטלת סנקציה בדמות הסרת פרסום מהרשת.
7. הסרת פרסומים בשיטה דן פוגעת באופן ישיר בחופש הביטוי ואינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אשר מורה, בין היתר, על איסור פגיעה בזכויות יסוד אלא על פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו (לעניין מאפייני חקיקה כזו אשר היא בבחינת הסדר ראשוני ותפקידה גם לתחום את שיקול הדעת ולהצביע על הפעלתו באופן ברור, ראו: בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 27.2.2006)).
8. זאת ועוד: כבר בפנייתנו הראשונה הבהרנו כי אין נפקא מינה אם הסרת התכנים מתבצעת בפועל על-ידי גוף פרטי כגון ספקיות התוכן, גם אם אלה פועלות באופן וולונטרי. פנייתה היזומה של יחידת הסייבר בפרקליטות אל ספקיות התוכן מהווה פעולה מיהנלית שכפופה לעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי. לפיכך, אין המדינה יכולה לחמוק מחובותיה אלה על פי המשפט הציבורי באמצעות הגשת בקשות להסרת תכנים לגוף פרטי שפועל על פי כלליו ובאופן וולונטרי לכאורה.
9. נזכיר, בהקשר זה, כי עובדיהם של גופים פרטיים כגון ספקיות התוכן אינם פקידי מדינה שמופקדים על שמירת האינטרס הציבורי וכי ספקיות התוכן עלולות להיות מונעות משיקולים שונים ומגוונים שאינם עולים בקנה אחד עם שמירת חופש הביטוי בהכרח. מכל מקום, ברור כי פניה יזומה של הרשות לגופים אלה לשם הסרת פרסומים כפופה לעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי ומחייבת הסמכה מפורשת בחוק.
10. האמור מקבל משנה חומרה נוכח העלייה הדרמטית בהיקף הגשת הבקשות להסרת תכנים על-ידי היחידה ובשיעורי ההיענות לבקשות אלה בפועל. בפנייתנו הקודמת ציינו כי על-פי דו"ח שפרסמה מחלקת הסייבר לסיכום שנת 2016, עולה כי יחידת הסייבר הגישה באותה שנה 2,241 בקשות להסרת תכנים, מתוכם 1,554 תכנים הוסרו ו-162 תכנים הוסרו חלקית. מנתונים עדכניים שפורסמו במסגרת דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2017, עולה כי בשנה זו בלבד הגישה היחידה 12,351 בקשות הסרה – קרי, עלייה של מעל 500% - כאשר 85% מהבקשות הובילו בסופו של יום להסרת התכנים באופן מלא ו-3% נוספים הובילו להסרה חלקית.
11. נתונים אלה מצביעים על צנזורה רחבת היקף שמפעילה המדינה כנגד פרסומים ברשת, ללא כל הסמכה בחוק ותוך הפרת שורה של עקרונות יסוד במשפט החוקתי והמינהלי. כמו כן, נתונים אלה מעלים חשש ממשי כי פעילות המדינה להסרת פרסומים אינה מתמצה בפרסומים שקיים לגביהם חשד כי מקימים

עבירה, אם כי עלולה לזלוג גם לעבר פרסומים מוגנים שאינם מקימים כל עבירה.¹ חשש זה מתעצם נוכח היעדר פיקוח שיפוטי והיעדר זכות טיעון בפני המדינה ונוכח הפרשנות הרחבה שניתן לתת ל"כללי הקהילה" של ספקיות השירות.²

אשר על כן, הנכם מתבקשים בזאת:

- (א) לחדול לאלתר מהגשת בקשות להסרת תכנים מהרשת בהיותה פעילות המנוגדת לתנאי פסקת ההגבלה ומפרה עקרונות יסוד במשפט החוקתי והמינהלי;
- (ב) להעביר לעיוננו ללא דיחוי העתק מנוהל העבודה הסדור על פיו פועלת יחידת הסייבר בהגשת בקשות להסרת תכנים, כפי שצוין בתגובתכם.

בכבוד רב,

רביע אגבריה, עו"ד

פאדי ח'ורי, עו"ד

¹ ראו, למשל, Danielle Keats Citron, *Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep*, 93 NOTRE DAME L. REV. 1035 (2018).

² שם.