

בעניין:

התנועה לחופש המידע (ע"ר 580425700)
באמצעות ב"כ עו"ד דנה יפה ו/או ורדית דמרי
מדר
מהמרכז לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים
באוניברסיטה העברית, הר הצופים, ירושלים
טל': 02-5882354 פקס: 02-5882544

"המבקשת"

ובעניין:

1. **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל**
2. **האגודה לזכויות האזרח בישראל**
באמצעות ב"כ עו"ד רביע אגבריה ו/או פאדי
ח'ורי ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או
סאוסן זהר ו/או מאיסאנה מוראני ו/או נרימאן
שחאדה-זועבי ו/או סארי עראף מטעם עדאלה –
המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
בישראל, רח' יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל': 052-5460188; 04-9501610 דוא"ל: rabea@adalah.org

"העותרות"

-נגד-

1. **פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר**
2. **היועץ המשפטי לממשלה**
ע"י ב"כ ממחלקת הבג"צים, ירושלים
מרח' צלאח א-דין 31, ירושלים
טל': 02-6466590 פקס: 02-6467011

"המשיבים"

"

בקשה להצטרף לדיון כידיד בית משפט (Amicus Curiae)

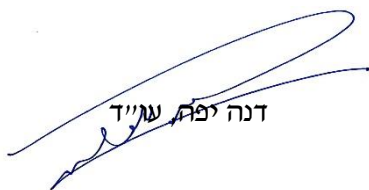
במסגרת הבקשה המצורפת, מפורטת עמדת המבקשת אשר לסוגיה שהתעוררה בעתירה שבנדון בעניין שקיפות פעולות המדינה. שאלת השקיפות מהווה נדבך משמעותי מהשאלות העולות מהעתירה, ובכך המבקשת מתמקדת בבקשה זו.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את בקשתה של המבקשת להצטרף כ"ידידת בית המשפט" להליך שבכותרת, מהטעמים האמורים בבקשה. יצוין כי ידוע למבקשת כי לפני ימים ספורים הוגשה בקשת המדינה לדחיית מועד הדיון בעתירה בהסכמת העותרות.

העותרות מסכימות לצרוף המבקשת להליך זה כידיד בית משפט.

הבקשה הועברה לבא כוח המשיבים בעתירה זו, שטרם מסר את עמדת המשיבים לבקשת ההצטרפות.

המבקשת סבורה כי יש בכוחה כדי לתרום לדיון, והכול בהתאם לכללים הנוגעים לצירוף להליך משפטי כ"ידידת בית משפט", כפי שמפורט בבקשה.


דנה יפה, עו"ד

בעניין:

התנועה לחופש המידע (ע"ר 580425700)

באמצעות ב"כ עו"ד דנה יפה ו/או ורדית דמרי מדר
מהמרכז לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים
באוניברסיטה העברית, הר הצופים, ירושלים
טל': 02-5882354 פקס: 02-5882544

"המבקשת"

ובעניין:

1. **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל**

2. **האגודה לזכויות האזרח בישראל**

באמצעות ב"כ עו"ד רביע אגבריה ו/או פאדי ח'ורי
ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן
זהר ו/או מאיסאנה מוראני ו/או נרימאן שחאדה-
זועבי ו/או סארי עראף מטעם עדאלה – המרכז
המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, רח' יפו 94
ת.ד. 8921, חיפה 31090,
טל': 052-5460188; 04-9501610 דוא"ל: rabea@adalah.org

"העותרות"

-נגד-

1. **פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר**

2. **היועץ המשפטי לממשלה**

ע"י ב"כ ממחלקת הבג"צים, ירושלים
מרח' צלאח א-דין 31, ירושלים
טל': 02-6466590 פקס: 02-6467011

"המשיבים"

בקשה להצטרף כידיד בית המשפט בבג"ץ 7846/19

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת, התנועה לחופש המידע, המיוצגת על ידי הקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר באוניברסיטה העברית, להצטרף להליך שבנדון במעמד ידיד בית המשפט, וזאת נוכח המומחיות הייחודית שיש למבקשת, בשאלות שעומדות בפני בית המשפט

בהליך שבנדון. כפי שיורחב בבקשה זו, שקיפות פעולות המדינה מהווה נדבך משמעותי מהשאלות העולות מהעתירה, ובכך המבקשת מתמקדת בבקשה זו.

נוסף לכך, הסוגיה העומדת בבסיס העתירה תקדימית, ובעלת חשיבות ציבורית ראשונה במעלה. העתירה בוחנת לראשונה את הסכנות הייחודיות למרחב הסייבר העולות להוביל לפגיעה שאינה חוקתית בזכות לחופש הביטוי והנגישות למידע במרחב זה, בו מתנהל חלקו הארי של השיח הציבורי בימים אלה. העתירה תוקפת את האופן שבו מתערבת המדינה בשיח זה, ואת הקשרים הנרקמים בין חברות מסחריות פרטיות המנהלות פלטפורמות לשיתוף תכנים ברשת האינטרנט, דוגמת רשתות חברתיות (להלן – **"מתווכי תוכן"**), למדינה. למערכת יחסים זו בין המדינה למתווכי התוכן השפעה ישירה על יכולת מימוש זכויות יסוד במרחב הסייבר. בשים לב לכך, לדיון בעתירה משמעות ציבורית ראשונה במעלה ומכאן חשיבות הבקשה להצטרף להליך.

בית המשפט העליון מתבקש לקבל את הבקשה ולראות את המתואר בבקשה זו כעיקרי עמדתה בהליך זה, ובנוסף, להתיר למבקשת להופיע בפני בית המשפט העליון הנכבד ולטעון טיעוניה בע"פ, ולהרחיב בכתב ככל שידרש.

א. בקשת ההצטרפות כ"ידיד בית משפט"

1. בתי המשפט מכירים כעניין של שגרה ובמספר הולך וגובר של הליכים במוסד ידיד בית המשפט (ראו ישראל (איסי) דורון ואח' "עשור לידיד בית המשפט: ניתוח אמפירי של החלטות בית המשפט" **עיוני משפט** לד 667 (2011)). ברבות השנים, מוסד ידיד בית המשפט הורחב גם לצדדים אשר מייצגים, מתוקף עיסוקים או תפקידם, "אינטרס המומחיות שמן הראוי שישמעו בפני בית המשפט בסכסוך ספציפי" כפי שנקבע בפרשת קוזלי (מ"ח 7929/96 **קוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529, 552 (1999) (להלן: "פרשת קוזלי")). בפרשה האמורה מנה בית המשפט רשימה פתוחה של קריטריונים שיש לשקול בהחליטו בבקשת הצטרפות "ידיד בית משפט". בין יתר הקריטריונים, בית המשפט יבחן אם יהא בנוכחות המבקש בהליך "כדי לתרום לגיבוש ההלכה בעניין מסוים, זאת על יסוד הצגת מלוא העמדות הרלוונטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתחון פה ודעת לגופים מייצגים ומקצועיים" (שם, עמ' 553); אם יש בהצטרפות כדי "לתרום הן לדיון עצמו והן לאינטרס הציבורי" תוך שמירה על יעילות הדיון ועל זכויות הצדדים (שם, עמ' 530); מלבד תרומתו הפוטנציאלית של המבקש לגיבוש ההלכה, יש לשקול את מהות הגוף המבקש להצטרף, מומחיותו, ניסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו מבקש הוא להצטרף להליך; בנוסף, יש לתת את הדעת לצדדים להליך עצמו, למהות הסוגיה העומדת להכרעה, לסוג ההליך, הפרוצדורה הנוהגת בו והשלב שבו הוגשה בקשת ההצטרפות (שם, עמ' 554).

2. התנועה לחופש המידע, המבקשת בהליך זה, היא עמותה רשומה בישראל משנת 2004 (להלן – **"התנועה"** או **"המבקשת"**) היא עמותה א-פוליטית, הפועלת למען קידום ערכים של שקיפות ודמוקרטיה, ואשר מטרותיה העיקריות הן, השגת התכלית והפוטנציאל הטמונים בחוק חופש המידע, התשנ"ח–1998, (להלן – **"חוק חופש המידע"**), וזכות הציבור לדעת.

3. המבקשת פועלת מזה שני עשורים לקידום שקיפות במוסדות ציבוריים, להגברת הפיקוח על פעילותן של רשויות ציבוריות ומעודדת את הציבור לעשות שימוש בזכותו למידע, באמצעות קידומן של מטרות אלו שואפת התנועה ליצור חברה פתוחה, דמוקרטית וצודקת יותר.
4. לאור עליית כוחם של תאגידי ענק פרטיים במרחב הסייבר, בין היתר בעקבות השינויים הטכנולוגיים שהתרחשו בשנים האחרונות והמקום המרכזי של תאגידי הענק בתיווך מידע לציבור, פועלת המבקשת גם ביחס לתאגידים אלה. זאת מתוך ההבנה כי לחסמים המסורתיים המונעים זרימת מידע אל הציבור התווספו חסמים נוספים, הנובעים מהתנהלותם של תאגידים פרטיים דוגמת מתווכי התוכן, ושיתוף הפעולה בינם לבין גורמי המדינה. שיתוף פעולה זה מאפשר למדינה לממש את מדיניות האכיפה שלה במרחב הסייבר על ידי גופים פרטיים, שאינם מחויבים בהכרח לכללי משפט מנהלי, ואינם כפופים לרגולציה סטטוטורית. בשים לב לכך, המבקשת שמה לה למטרה לפעול להגברת השקיפות ביחס לפעילות מתווכי התוכן במרחב הסייבר, ולהבטיח כי ככלל, המידע במרחב הסייבר ייוותר זמין ונגיש לכל.
5. במסגרת פעילותה, המבקשת מגישה בקשות מידע, עותרת לבתי המשפט וכן משתפת פעולה עם גופי החברה האזרחית על מנת לעודד שימושם בחוק חופש מידע לקידום מדיניות ועוד. בד בבד, פועלת המבקשת בשיתוף פעולה עם רשויות ציבוריות שונות בניסיון לעודד שקיפות יזומה ולסייע בתהליכים שונים שמטרתם קידום השקיפות וזכות הציבור לדעת בישראל. המבקשת, על אף תקציבה הדל, פועלת רבות לקידום התחום בישראל והדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בקבלת פרס גורני למשפט ציבורי, שהוענק לה בשנת 2016 על ידי העמותה למשפט ציבורי בישראל על תרומתה בתחום המשפט הציבורי והזכות למידע.
6. באת הכוח של המבקשת היא הקליניקה המשפטית לזכויות אדם במרחב הסייבר באוניברסיטה העברית בירושלים. הקליניקה פועלת כשיתוף פעולה בין התכנית למשפט וסייבר במרכז פדרמן לחקר הסייבר (H-CSRCL) והמרכז לחינוך משפטי קליני (CELC) בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. הקליניקה מהווה מוקד ידע בתחום זה במשפט הישראלי, ושמה לה למטרה לתרום לפיתוח הדין וליצירת התאמה של דיני זכויות האדם בישראל לסביבה הדיגיטלית, ובעיקר הזכות לחופש הביטוי והזכות לפרטיות, כך שהיקף ההגנה על זכויות אלה במרחב הסייבר לא ייפגע. שיתוף הפעולה בין המרכז לחינוך משפטי קליני לבין המחקר להגנת הסייבר מאפשר לקליניקה לפעול מנקודת מבט מגוונת, תוך שאיבת השראה ממספר דיסציפלינות נוספות – קרימינולוגיה, מדיניות ציבורית, תקשורת, עבודה סוציאלית ומדעי המחשב.

ב. עמדת המבקשת בתמצית

7. העתירה תוקפת את חוקיות פעילותה של יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן – "**יחידת הסייבר**"), בכל הנוגע לבקשות להסרת תכנים ממתווכי תוכן, וזאת במסגרת מדיניות האכיפה האלטרנטיבית של היחידה (להלן – "**בקשות להסרת תכנים**"). השימוש בהליך בקשות להסרת תכנים מפורט בחלק א' לעתירה על כן המבקשת לא תציגו בשנית. נזכיר, כי טענת העותרות בתמצית היא כי בשים לב לפגיעות הקשות שיש בזכויות יסוד, ובעיקר בזכות לחופש הביטוי והנגישות למידע במרחב הסייבר, פעילות שכזו, הנעשית ללא הסמכה מפורשת בחוק, אינה חוקית.

העותרות אף מתייחסות בקצרה אל השקיפות של התנהלות יחידת הסייבר, ובעיקר להיעדר שקיפות מספקת (וראו פסקאות 51 – 54 לעתירה).

8. המבקשת מצטרפת לעמדה זו של העותרות ומבקשת להתמקד בהיבטי השקיפות בפעילות זו, שהרי כבכל מעשה מנהלי, שקיפות המעשה היא עקרון יסודי. ללא שקיפות מספקת לא ניתן לקיים פיקוח על פעולת היחידה או לבחון את עוצמת הפגיעה בזכויות, על מנת לקבוע את האיזון הראוי בין הזכויות לאינטרסים הציבוריים העומדים על הפרק. לשם המחשבה, נשאל כבר עתה, כיצד ניתן לקבוע האם הפעלת שיקול הדעת נעשה בסבירות, מבלי שידוע לנו מהו תוכן הביטויים אותם מבקשת יחידת הסייבר להסיר?

9. המבקשת תטען כי הליך הבקשות להסרת תכנים, כפי שמתנהל כיום, אינו עולה בקנה אחד עם חובות השקיפות החלות על המדינה לפי הדין הישראלי. המבקשת תתאר את הפערים הקיימים בין השקיפות המתחייבת לפי הדין הישראלי לבין השקיפות הנוהגת ביחידת הסייבר כיום. נוסף לכך תמחיש המבקשת כי פערים אלה מאיינים כל אפשרות לפיקוח ציבורי אפקטיבי, זאת במיוחד בהשוואה לסמכויות אחרות הקבועות בחוק העומדות לרשות יחידת הסייבר לשם התמודדות עם ביטויים המהווים עבירה. כך לדוגמה הסמכויות הסטטוטוריות לשם הגבלת גישה למידע במרחב הסייבר, או סמכויות ההעמדה לדין פלילי בגין פרסום ביטוי המהווה עבירה פלילית. הליך בקשות להסרת תכנים מחליף למעשה את השימוש בסמכויות הסטטוטוריות, שעוצבו במארג חקיקתי מקיף תוך שמירה על שקיפות נרחבת.

10. מעבר לכך תתאר המבקשת את מאפייניו הייחודיים של השיח במרחב הסייבר, ואת תפקידם המרכזי של מתווכי התוכן בהליך בקשות להסרת התכנים. זאת מתוך ההבנה כי המעורבות של מתווכי התוכן, כגורם פרטי המסייע למדינה באכיפת החלטותיה במרחב הסייבר, משליכה על חוקיות פעולות המדינה. מאפיינים אלה מצריכים בחינה קפדנית של הסכנות הטמונות לזכויות במרחב הסייבר, ובהתאם לכך את סוג ההגנה הנדרשת על מנת להבטיח את המימוש של זכויות אדם במסגרתו. כבר אתה נבהיר כי לעמדת המבקשת אין לראות במתווכי התוכן גורם המתאים להכריע בבקשות להסרת תכנים, או גורם המהווה חלופה מספקת להיעדר השקיפות בפעילות היחידה. להפך, מעורבות של גורמים אלה, אשר מחויבותם להגנה על זכויות אדם אינה ברורה, דווקא מגבירה את הצורך בשקיפות מצד המדינה. זאת במיוחד בשים לב לכך שמערכת היחסים בין המדינה למתווכי התוכן אינה שקופה אף היא. כל אלה מצריכים משנה זהירות בעת דיון בסוגיות העולות מעתירה זו ובהינתן העובדה כי המשיבים נוקטים בהליך בקשות להסרת תכנים כשגרה.

11. לאור כל זאת, בית המשפט הנכבד מתבקש, בבוחנו את שאלת הסמכות העולה מהעתירה, לבחון את עוצמת הפגיעה הנגרמת לזכויות היסוד לאור היעדר שקיפות פעילות היחידה כפי שהיא כיום, על מנת להבטיח שקיפות מספקת כל עוד הפרקטיקה האמורה נוהגת. בהקשר זה, לעמדת המבקשת נכון יהיה כי בית המשפט יבהיר מהו רף השקיפות הנדרש לצורך המשך התנהלות התקינה של יחידת הסייבר בכל הנוגע לבקשות להסרת תכנים. הכל כפי שיפורט להלן:

1.2. הבחירה בנתיב פעילות של בקשות להסרת תכנים

12. כפי שמצוין בדו"ח שמפרסמת יחידת הסייבר, ההתמקדות בבקשות להסרת תכנים נועדה לצמצם את הנזק בדרך של טיפול בפרסום "המזיק" ולא במפרסם, מקום שהטיפול הפלילי הקלאסי, כדוגמת הגשת כתב אישום, אינו אפשרי, או אינו מאפשר מענה אפקטיבי בשל מהירות השיח במרחב הדיגיטלי כמו גם היקפו (וראו דו"ח **סיכום שנת 2016 של יחידת הסייבר**).
13. כמתואר בעתירה, יחידת הסייבר הפועלת מטעם המדינה, פועלת ללא הסמכה מפורשת בחוק במתווה של בקשות להסרת תוכן כביכול באופן וולונטרי, המחליפות את ההליך הפלילי. כחלק ממדיניות אכיפה זו, המדינה פונה ישירות למתווכי תוכן בבקשה להסרת תכנים מסוימים. תכנים אלו, לטענת יחידת הסייבר, עולים לכאורה לכדי עבירה או עוולה, ואף מהווים לדעת היחידה הפרה של כללי המדיניות של מתווך התוכן. בתוך כך, היחידה מרכזת פניות של עובדי מדינה לגבי פרסומים העולים כדי פגיעה כדוגמת העלבת עובד ציבור. על פי דיווחים, חברות כדוגמת גוגל ופייסבוק משתפות פעולה עם יחידת הסייבר ונענות לבקשותיה במסגרת מסלול האכיפה האלטרנטיבית (וראו דלית קן דרור פלדמן וניבה אלקין קורן "שקיפות פעולתה של המדינה בסביבה הדיגיטלית: אכיפה "אלטרנטיבית" של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת" **המשפט** כה 29, 31 תש"ף) (להלן: "**שקיפות פעולתה של המדינה**").
14. כעולה מהעתירה, ומדוחות שפרקליטות המדינה פרסמה, בקשות הסרת התכנים על ידי יחידת הסייבר נמצאות במגמת עלייה משמעותית של מאות אחוזים בשנים האחרונות. כך, בשנת 2016, היחידה ביקשה להסיר **2,241 תכנים**; בשנת 2017 היחידה ביקשה להסיר **12,351 תכנים**; בשנת 2018 היחידה ביקשה להסיר **14,283 תכנים** (וראו דו"ח **פרקליטות המדינה לשנת 2018** המוזכר בחלק ב' לעתירה).
15. לטענת המדינה, הליך בקשות להסרת תכנים נותן מענה יעיל יותר לעבירות ביטוי באמצעות האינטרנט, בהשוואה להליך הפלילי המסורתי מבחינה משפטית ומבחינה מעשית. הליך כזה תואם יותר את פרסום התכנים במרחב הסייבר, שהוא ויראלי, מהיר ובהיקף חסר תקדים. נוסף לכך, האנונימיות שהרשת מאפשרת מקשה על זיהוי העבריינים והעמדתם לדין; גלובליות הרשת והדינים השונים בכל מדינה אשר מקשים על האכיפה (ראו דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2018 ו**שקיפות פעולתה של המדינה**, עמ' 32-35).
16. גם אם יגיע בית המשפט למסקנה לפיה יש הכרח במקרים מסוימים לעשות שימוש בהליך בקשות להסרת תכנים, יש להבטיח כי הליך זה יוסדר כהלכה, **בפרט בהיבטי שקיפות ההליך, כך שיובטח שהוא אינו מוביל לפגיעות שאינן מידתיות בזכויות אדם. ויודגש, השקיפות הכרחית בין אם ימצא בית המשפט כי יש לעגן סמכות זו בחקיקה, ובין אם לאו. שהרי ללא שקיפות כלל לא ניתן להכריע בדבר האיזון החוקתי הראוי.**
17. כפי שיתואר בהמשך, חלקים עיקריים מפעילות היחידה מתנהלים ב"מחשכים", ויש להבטיח את תיקון המצב באופן מידתי. יודגש כי המציאות מוכיחה שאף שחוק חופש המידע, חל על יחידת הסייבר, ועל המידע המצוי ברשותה, אין די בו לטובת פיקוח, וזאת משני טעמים מרכזיים: ראשית, ממענים שונים של היחידה לבקשות חופש מידע, עולה כי היא אינה מתעדת כנדרש את תוכן הביטויים אותם היא מבקשת להסיר. שנית, מועד המענה לפי החוק אינו מידי ויכול להגיע אף ל-

120 ימים לפי החוק, ולעתים ישנה חשיבות רבה לפרסום מידי של תוכן בקשות להסרת תכנים, כך למשל בקשות להסרה בתקופת בחירות.

18. עוד יש לזכור כי בקשות להסרת תוכן משמעות כאלטרנטיבה להליך הפלילי. ההליך הפלילי המסורתי מחייב את הפרקליטות בשקיפות ובשיח מול החשודים בעבירה לאורך כל שלבי ההליך. עוגנים פרוצדורליים אלה מבטיחים שקיפות העולה לאין שיעור מהשקיפות שמאפשר חוק חופש המידע ביחס להליך האלטרנטיבי, הן אל מול המתבטא שאת ביטוי מבקשת הפרקליטות להסיר, והן אל מול הציבור אליו מוענו התכנים אותם מבקשת המדינה להסיר. זאת, כפי שיפורט להלן.

2.2. פגמים בשקיפות התנהלות היחידה

היעדר תיעוד תוכן הביטויים שמבקשת היחידה להסיר

19. בעקבות פרסומים בתקשורת, בתאריך 25 באוגוסט 2019, הגישה ב"כ המבקשת, בשם הקליניקה ליכודיות אדם במרחב הסייבר, בקשה לפי חוק חופש המידע לקבלת מידע על אודות טיפול היחידה בדברי ביקורת כנגד המשטרה. במענה לפנייה מתאריך 1 בנובמבר 2019 (להלן – "מענה יחידת הסייבר" או "המענה"), יחידת הסייבר השיבה כך:

"אשר לבקשתך לקבל את לשון התכנים המבקרים את המשטרה שהפרקליטות פנתה להסרתם בשנה האחרונה, נציין כי ככלל, יחידת הסייבר אינה שומרת את הפרסומים הפוגעניים עצמם ומקום בו אלה הוסרו, במרבית המקרים, אין יכולת לשחזרם ולכן מדובר במידע שלא ניתן לאתר בהתאם לסעיף 3(8) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998" (בקשת חופש המידע והמענה לה מצורפים לבקשה זו **כנספח א'**).

20. אי התיעוד המתואר לעיל, מעקר מתוכן את חובות השקיפות החלות על המדינה לפי חוק חופש המידע. לאל תיעוד זה לא ניתן לקיים כל ביקורת, ציבורית או פנימית, על פעילות היחידה. (וראו לדוגמה **שקיפות פעולות המדינה**, עמ' 42). במצב דברים זה, לא ניתן לדעת אם הפרקליטות פועלת באופן סביר הן בהיבט הפעלת שיקול הדעת, והן בהיבט הפרוצדורלי. כך לדוגמה, לא ניתן לדעת האם יחידת הסייבר מבקשת הסרת תכנים החוצים את הרף הפלילי בלבד, או שמא נוקטת בגישה מחמירה ומבקשת גם הסרת תכנים שאינם חוצים את הרף הפלילי. האם בקשות המדינה מוטות וחוטאות באפליה על בסיסים פסולים? אילו טעויות נעשו על ידי היחידה לאורך השנים? האם ביטויים בשפות שונות זוכים ליחס שונה בשל טעויות תרגום או הבנת הקשר? האם קשיים בתרגום הובילו לבקשות הסרת תכנים לגיטימיים? האם מתווכי התוכן מסייעים באיתור טעויות שכאלה? אילו שינויי מדיניות נעשו ביחידה לאורך שנים? ושאלות נוספות דומות. כאמור, מעבר לצורך במידע שכזה עבור קיום פיקוח ציבורי, תיעוד המידע נחוץ עבור יחידת הסייבר עצמה, על מנת שתוכל לבחון שאלות אלה, ולערוך ביקורת עצמית על אופן פעילותה אגב שרטוט הגבולות הללו.

21. לעמדת המבקשת, התיעוד, מהווה חלק מהותי מהליך תקין בהקשר זה. זאת ודאי ככל שהגשת בקשות להסרת תכנים היא אפיק הפעולה העיקרי של הפרקליטות בכל הנוגע לעבירות ביטוי במרחב הסייבר. חובת התיעוד היא חלק אינהרנטי מעקרון השקיפות, שנועד, בין היתר, להבטיח את תקינות פעולתו של המנהל. חובת השקיפות מתרגמת את עצמה לבניית מערך כולל של גילוי ותיעוד ואף צוין בפסיקה כי "ללא דיווח וגילוי לא תהא שקיפות, וללא תיעוד עלולה חובת הגילוי להתרוקן מתוכן של ממש" (וראו דברי השופט חשין בבג"ץ 3751/03 **אילן נ' עיריית תל אביב-יפו** (פורסם בנבו, 22.12.2004)).

22. ראוי להוסיף כי הפסיקה הכירה בכך ש"היקפה של חובת התייעוד ותוצאותיו של היעדר תיעוד עשויות להשתנות ממקרה למקרה על פי נסיבותיו ובהתחשב, בין היתר, במהותו ובמאפייניו הספציפיים של הגוף המנהלי הנוגע בדבר" (וראו ע"מ 2418/05 **מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה** (פורסם בנבו, 24.11.2005). במקרה נוסף שבו בית המשפט נדרש בעבר לשאלת סבירות פעולת התייעוד, אף המשטרה טענה כי היא פועלת תחת לחץ רב המונע אפשרות של תיעוד. בית המשפט קבע כי "אמנם לא ניתן לצפות לתייעוד מושלם, אך בוודאי ניתן לצפות לתייעוד סביר בנסיבות העניין [...] הנתבעת אינה יכולה להימנע מלספק הסבר לאירוע מסוים בטענה שלא היה ניתן לתעד את אותו אירוע ולו בדיעבד" (וראו ת"א 6637-09-14 **גליק נ' מדינת ישראל - משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 18.1.2019)).
23. מעבר לכך, הפסיקה הדנה בסעיף 8(1) לחוק חופש המידע שעניינו הקצאת משאבים בלתי סבירה לצורך אספקת מידע, דחתה טענות בדבר מגבלות טכנולוגיות המונעות איתור ועיבוד של מידע. בפרשת **קרן דולב נפסק שרשות לא תוכל לטעון להקצאת משאבים בלתי סבירה מקום שבו קיומו של מידע הוא הכרחי לצורך ביצוע עבודתה**, (עת"ם (י-ם) 900/07 **קרן דולב לצדק רפואי נ' נציבת הקבילות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי** (פורסם בנבו, 2.11.2008). הדברים יפים לבטח כשמדובר בפגיעה בחופש הביטוי הנעשית ללא הסמכה בחוק, שנכון שיימצא ברף הגבוה ביותר כדי לאפשר ביקורת עצמית וכמובן, ציבורית.
24. הפסיקה מציינת כי המדינה פועלת ללא לאות להנגשת מרשמים ציבוריים שמטרתם לשפר את יכולתו של הציבור לפעול ולכלכל את צעדיו, ולפיכך יש למצוא פתרון לקושי הלוגיסטי ברישום או בתיעוד. בית המשפט מדגיש כי פתרון זה אינו יכול להיות הימנעות מרישום בעל ערך מהותי לציבור (וראו בע"מ (מחוזי, ת"א) 3383-02-12 **גרונדשטיין נ' רשם החברות** (פורסם בנבו, 30.1.2013), עמדה שאף נתמכה בהמשך הדיון בערעור לבית המשפט העליון.
25. במקרה הנדון, המידע המבוקש דיגיטלי מטבעו, וסביר שהתקשורת בין היחידה למתווכי התוכן מתבצעת אף היא באמצעים כתובים ומתועדים. על כן, ניתן להניח כי מחלקת הסייבר אינה צריכה להעמיד משאבים רבים לשם איסופו וטענה בדבר חסם טכנולוגי אינה סבירה. לפיכך, ניתן להקיש כי זכות העיון הציבורית עולה על הקושי המנהלי לתעד ולשמר את המידע, ככל שקושי כזה קיים. **מכל מקום, מצב הדברים הנוכחי בו אין כל תיעוד של תוכן הפרסומים שיחידת הסייבר מבקשת להסיר לבטח אינו עומד ברף המשפטי הנדרש.**
26. עוד נזכיר כי בית משפט נכבד זה הכיר זה מכבר בכך שמימוש זכות העיון הציבורית עשויה להיות כרוכה בעלויות מסוימות, וכי שיקולי נוחות מנהלית לא יכולים להצדיק דחיית הבקשה למידע שהוגשה כחלק מזכות העיון הציבורית. ניכר כי קיימת ציפייה שרשויות מנהליות יעשו שימוש בטכנולוגיה העומדת לרשותם בכדי להנגיש את המידע לציבור. טיעון זה אף מתחזק לאור העובדה שהמידע הרלוונטי לסוגיה הנדונה מצוי מלכתחילה ברשת האינטרנט, דבר המקל על תיעודו. (וראו ע"מ 2398/08 **מדינת ישראל-משרד המשפטים נ' סגל**, פ"ד סד(3) 666 (2011) להלן: "**פרשת סגל**"). במקרה אחר שנדון נקבע בעבר כי "לא לעד תוכלנה הרשויות להישמע בטענה כי המידע שברשותן אינו ממוחשב, ומטעם זה, קשה להפיקו ולהציגו בפני מי שנדרשים לו" (ע"מ 1786/12 **ג'ולאני נ' מדינת ישראל - המשרד לביטחון פנים**, פ"ד סו(3) 362 (2013) להלן: **פרשת ג'ולאני**). עוד ראו **פרשת קרן דולב** בה נקבע כי מקום בו עבודתה התקינה של הרשות הציבורית מחייבת את

קיום המידע במתכונת המבוקשת בבקשת חופש מידע, לא ניתן יהיה להימנע ממסירת המידע בשל טענה להקצאת משאבים בלתי סבירה.

27. עוד נציין כי בפרשת סגל המוזכרת לעיל (שם הצטרפה המבקשת כידיד בית המשפט, והגישה עמדה שהתקבלה על ידי בית משפט נכבד זה), קבע בית המשפט, כי נכון יהיה להשקיע ולדרוש אתעיבוד המידע, אף אם הדבר דורש השקעת משאבים משמעותית, אם מדובר במידע שיהיה מבוקש גם בעתיד. כך, כידוע לנו, מספר גופים פנו ליחידת הסייבר בכדי לקבל מידע על תוכן הפרסומים הפוגעניים, זאת לרבות הח"מ וכן המבקשת עצמה, **אך כולם נענו בשלילה, שכן המידע אינו מתועד ואינו נגיש ליחידה עצמה**. לעמדת המבקשת, תיעוד המידע הוא **קריטי** באופן המצדיק להקצות משאבים לשם כך, אף שממילא לא נראה שנדרשים כלים טכנולוגיים מורכבים לאיסוף המידע (וראו בנוסף **שקיפות פעולות המדינה**, עמ' 42). מה גם שעל אף היקף התכנים המפורסמים ברשת, דומה כי ראוי ואף ניתן במאמץ קטן במקביל לשליחת התוכן לספקיות הרשת, לתעד באופן אוטומטי את התוכן שהמדינה מבקשת להסירו גם בידי הרשות עצמה.

28. לאור האמור, לעמדת המבקשת, אי-התיעוד מהווה פעולה החורגת ממתחם הסבירות. כך שכן, חלה על יחידת הסייבר חובה משפטית לתעד את תוכן הפרסומים עצמם כל עוד היא ממשיכה בפעילותה זו. זאת, במיוחד בשים לב לכך שבקשות יחידת הסייבר להסרת תכנים פוגעות בזכויות יסוד באופן משמעותי. ראוי כי בית המשפט יבהיר נקודה זו כחלק מהדיון בעתירה. יוער, בנוסף, כי בתאריך 20 בינואר 2020, פנתה המבקשת ובאת כוחה, במכתב ליחידת הסייבר שבו הובהר כי מצב הדברים הקיים, שלפיו אין שום תיעוד של תוכן הפרסומים שהיחידה מבקשת להסיר או נוהל עבודה סדור, אינו עולה בקנה אחד עם חובת השקיפות החלה על היחידה. לפי שעה טרם התקבל כל מענה על מכתב זה וככל הידוע לנו לא חל כל שינוי באופן פעולת היחידה בעניין זה. (המכתב מצורף כנספח ב')

העדר אמות מידה ברורות בבקשות הסרת התכנים על ידי יחידת הסייבר

29. מעבר להיעדר התיעוד, המענה המצוי בנספח א' מחדד את העובדה כי הבניית שיקול הדעת של היחידה אף הוא אינו שקוף. היחידה ציינה במענה כי "מופעל סינון קפדני" בכל הנוגע לבקשות הסרת תכנים. לעמדת המבקשת, אמות המידה המבנות את שיקול הדעת בסינון מעין זה, חייבות להיות ידועות לציבור, כך שהיחידה תבהיר מהם הקריטריונים שלפיהם עובדיה מחליטים אם תוכן מסוים מצדיק בקשה להסרה, ובהתאם פונים למתווכי התוכן בבקשה להסרתו. כל שנכתב במענה זה הוא כי:

"פעולה תתקיים רק בהתקיים שלושת התנאים המצטברים כדלקמן:

א. מקרים שבהם בוצע לכאורה מעשה עבירה המנוגד לחוק בישראל.

ב. כאשר אנו סבורים כי הופרו תנאי השימוש של ספקיות השירות עצמן, אשר מנגישות את הפרסום.

ג. כאשר יש עניין ציבורי בפעולה. בגדרי שיקול זה אנו בוחנים את תפוצת הפרסום בפועל, קהל היעד, חומרת הפרסום, זמן קיומו של הפרסום ברשת, פוטנציאל המשך ההפצה של הפרסום (פוטנציאל הוויראליות שלו), התגובות לפרסום ועוד".

לפי מענה זה נראה שהיחידה רואה עצמה מוסמכת לפנות בבקשה להסרת תוכן שלכאורה עולה כדי כל עבירה פלילית או תנאי שימוש, ומהמענה לא ברור האם היחידה קולעת בהקשר זה למבחנים שגובשו בפסיקה בכל הנוגע להעמדה לדין פלילי בשל פרסום ביטוי.

30. במענה אחר לפנייה של כותבות המאמר **שקיפות פעולות המדינה**, יחידת הסייבר חשפה כי היא מנחה את עצמה על בסיס מספר עקרונות, וביניהם: "איזון בין האינטרס הציבורי וזכויות כמו הזכות לשם טוב, הזכות לפרטיות וכבוד האדם לבין זכויות אחרות העומדות על הפרק: חופש הביטוי, הזכות לגישות למידע וחופש הגלישה ברשת" (**שקיפות פעולות המדינה**, עמ' 44). עיקרון זה, ועקרונות נוספים אשר פורסמו על ידי היחידה מעידים על כך שהיחידה דווקא פועלת לפי נהלים מסוימים. אולם, לא ניתן להבין לעומק את טיב נהלים אלו על סמך פרסומי היחידה. לעמדת המבקשת, פרסומים אלו מופשטים ולא ניתן להסיק מהם מאפייניו של פרסום "אסור" לשיטת היחידה. בנוסף, כפי שמצוין בעתירה (ס' 30 – 33), דומה כי חרף ההצהרות על קיומו לכאורה של נוהל עבודה, היחידה לא נעתרה לבקשת העותרות למסור כל נוהל כאמור והסתפקה בהצהרות כלליות על פעילות בהתאם להנחיות.

31. אם כן, למיטב הידיעה, לא פורסם כל נוהל רשמי המצביע על אופן פעולת יחידת הסייבר בהחלטתה לבקש הסרת תכנים מסוימים (**שקיפות פעולות של המדינה**, עמ' 29). משלא פורסם ההליך המפרט את הבניית שיקול הדעת של יחידת הסייבר בבואה לבקש להסיר פרסום מסוים, ולא נותר תיעוד אודות תוכן הפרסום, כיצד יכול המפרסם לממש את זכותו להליך הוגן ולחופש הביטוי אל מול בקשות הסרת תכנים? כיצד ניתן לדעת שפעולות היחידה אינן שרירותיות? (**שקיפות פעולות המדינה**, עמ' 43).

דוחות השקיפות שמפרסמת יחידת הסייבר

32. יחידת הסייבר מפרסמת דוחות שקיפות המספרים פרטים מסוימים אודות פעולותיה בדוחות שנתיים המפורסמים ביוזמתה, וזהו מהלך חיוני וחיובי. יחד עם זאת, לעמדת המבקשת, מבנה הדוחות ותוכנם אינם מספקים בהיבטי השקיפות שכן הנתונים המפורסמים בדוחות אלה אינם מאפשרים קיום פיקוח אפקטיבי על פעילות היחידה, חרף המשך פעילותה. הדוחות המפורסמים כוללים נתונים סטטיסטיים ומספריים בלבד, אשר מצביעים על מגמה הולכת וגדלה של בקשות להסרת תכנים. הדוחות אינם מספקים מידע באשר לשיקולי היחידה בהחלטה להגשת בקשה להסרת תכנים, ולמאפיינים נוספים של ההליך לדוגמה האם היחידה מבקש הסרת תוכן בלבד, או שמא גם הפחתת תפוצה ואולי גם סגירת פרופיל ברשת?

33. נוסף לכך מקריאת הדוחות לא ניתן להסיק אילו ביטויים עולים לכדי עבירה, לדוגמה "עבירות הקשורות לארגון טרור", כמה מהביטויים פורסמו על ידי אזרחי ישראל, או שמא על ידי גורם אנונימי? נוסף לכך לא ניתן לדעת כיצד נבחנות הבקשות על ידי מתווכי התוכן. סוגיות אלה ונוספות הנוגעות לדוחות שקיפות שכאלה יידונו בהרחבה בהמשך המסמך, בהתייחס לדוחות השקיפות של מתווכי התוכן.

34. מהדוחות אף לא ניתן להסיק האם הפרקליטות מבקשת הסרת תוכן אך ורק אם לעמדתה הוא חוצה את הרף הפלילי, או שמא היחידה מדווחת גם אודות תוכן שאינו מהווה עבירה פלילית, אולם שלעמדתה מפר את כללי המדיניות של מתווכי התוכן. (וראו **שקיפות פעולות המדינה**, עמ' 44-45).

35. לעמדת המבקשת קשה למצוא טעם המצדיק החלטה גורפת שלא לפרסם תכנים שהסרתם מתבקשת בכלל, כמו גם מידע נוסף אודות המפרסמים. אף אם עולה חשש לפגיעה עקב פרסום הביטוי, דוגמת פגיעה בפרטיות או פגיעה בבטחון הציבור, ישנן דרכים המאפשרות פרסום תוך איון חשש שכזה, לדוגמה השמטת פרטים מזהים, או פרסום במועד מאוחר יותר. לצד זאת יש לזכור כי לו הייתה המדינה מגישה כתב אישום בגין ביטוי שכזה, תוכן הביטוי ושאלת חוקיותו היו גלויים בפני הציבור.

3.3. היעדר שקיפות מספקת בהשוואה להליך הפלילי המסורתי

36. בכל הנוגע לביטויים המהווים לעמדת היחידה עבירות פליליות, הרי שעצם הבחירה לבקש את הסרת התוכן ולא לנקוט בהליך פלילי כנגד המפרסם, מפחיתה משמעותית את השקיפות של פעולה זו. זאת גם אם ניתן עקרונית להצדיק את הצורך בשימוש בהליך מעין זה, (לדוגמה מקום בו ישנה דחיפות להסיר פרסום מסוים באופן מידי על מנת למנוע פגיעה בחיים). ככל שהיחידה מדווחת למתוככי התוכן על אודות תוכן "בעייתי" לטעמה אך שאינו חוצה את הרף הפלילי, הדבר מהווה חריגה בוטה מסמכויות הפרקליטות הפלילית.

37. בעוד שההליך הפלילי המסורתי מקנה הגנות דיוניות רבות לנאשם ומבטיח שקיפות כלפי הציבור על מנת לאפשר פיקוח על הליך זה, הליך בקשת הסרת תכנים לוקה בשני מובנים אלה. בקשה להסרת תוכן אינה כוללת למיטב הידיעה כל פנייה למתבטא עצמו ואינה כוללת כל מנגנון לעדכון הציבור, או קיום דיון פומבי בפני בית משפט. כאמור, אילו היה מתנהל הליך פלילי כנגד המפרסם, כנהוג בכל הליך פלילי המגביל חופש ביטוי, הוא היה מתנהל בפומבי באופן שקוף המאפשר ביקורת ציבורית כמו גם דיון ציבורי על פעילות הפרקליטות בכל הנוגע לביטויים במרחב הסייבר, ועל מידת המעורבות של המדינה בשיח במרחב הסייבר, ומקנה הגנות מתאימים למתבטא. נציין להלן מספר מאפיינים של ההליך הפלילי המבטיחים את זכויות המתבטא ומבטיחים שקיפות רבה יותר.

38. סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן – "חוק סדר הדין הפלילי") קובע כי לנאשם בפלילים יש זכות לעיין בחומר החקירה בעניינו. נקודת המוצא היא כי חומרי החקירה בעניין האישום צריכים להיות מתועדים וגלויים בפני החשוד ובפני בית המשפט. יצוין בהקשר זה כי הפסיקה מכירה בחשיבות זכות זו בהליך הפלילי עד כדי כך שבית המשפט פירש בצמצום סעיפים מסוימים בחוק חופש המידע, שמטרתם להחריג רשויות חוקרות כך שלא תהיה חייבות למסור מידע לפי חוק חופש המידע. כך לדוגמה הפסיקה הכירה בכך שכאשר מדובר בעיבוד של חומרי חקירה על ידי הפרקליטות או התביעה המשטרית, הדבר נופל בתחולת החוק ויש לגלותו (וראו פרשת ג'ולאני).

39. מעבר לזכותו של החשוד עיון בחומרי החקירה אף הוכר כזכות ציבורית במקרים מסוימים. בהקשר זה, ראוי להזכיר את הנחיית פרקליט המדינה מס' 14.8, שכותרתה "בקשה מצד גורמים שונים לעיין במידע המצוי בתיק חקירה", בהנחיה זו מובאים האינטרסים הציבוריים שיש לשקול בעת בחינת כל בקשה לעיון במידע מתיקי חקירה. בין אינטרסים אלו מצוינים הבטחת אמון הציבור ברשויות אכיפת החוק, ושמירה על שיתוף הפעולה עימן. הנחיית פרקליט המדינה מתייחסת גם לאפשרות להפנות אדם למסלולים חלופיים לצורך עיון במידע, כדוגמת עיון בתיק בית המשפט והליכי גילוי ועיון מסמכים במסגרת הליך הפלילי. שקיפות כזו אינה מתאפשרת

בהליך הסרת תכנים, בהם המתבטא אינו מודע לפעילות היחידה, התוכן אינו מתועד והסוגיה כלל אינה מגיעה לפתחו של בית המשפט.

40. אם כן, לאורך ההליך הפלילי, משלב המעצר ועד להחלטה מנומקת של בית המשפט, קובע החוק אבני דרך שבהן יש ליידע את האדם בדבר חשדות הרשות. כך לדוגמה סעיף 24 לחוק סדר הדין הפלילי מורה כי בעת ביצוע מעצר חשוד, יש להבהיר לו את סיבת המעצר וכי אם המעצר נעשה על פי צו של בית משפט, יש למסור לעצור את הצו. אי מילוי חובות אלו יהפוך את המעצר ללא חוקי. סעיף 28 לחוק סדר הדין הפלילי מורה כי קצין הממונה על מעצרו של אדם לא יחליט דבר בעניין מעצרו בלי שיתן תחילה לאותו אדם להשמיע את דברו. בהליך הסרת תכנים אדם אינו יכול לממש את זכותו ולטעון כנגד ההחלטה, לא טרם ההחלטה ואף לא אחריה. במצב דברים זה לא יכול להתקיים כל דיון ציבורי בסוגיה.

41. אף אם ניתן לטעון כי במובנים מסוימים ההחלטה שלא לנקוט בהליך פלילי כנגד חשוד מיטיבה עימו, נבקש להבהיר כי השימוש בהליך בקשה להסרת תכנים אינו מפחית מהפגיעה בפועל בחופש הביטוי של המתבטא, כמו גם הפגיעה בחשיפה למידע של כלל הציבור. להיפך, אלה רבות וגדולות יותר שהרי הביטוי מוסר ואיש אינו יודע על כך, ומעורבות המדינה בהסרתו אף היא אינה גלויה לאיש.

ב.4. היעדר שקיפות מספקת בהשוואה לסמכויות הגבלת גישה לתוכן במרחב הסייבר

42. עוד ראוי להפנות את תשומת הלב לחוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז – 2017, שמטרתו הסדרת סמכות המדינה להגביל גישה לאתרי אינטרנט. הסדרת הסמכות בחוק זה כוללת היבטים רבים המבטיחים שקיפות ופיקוח לגבי ההליך: אישור של שופט בית משפט מחוזי (סעיף 2 לחוק זה); סדרי דין לדיון בנוכחות מפעילי האתר (סעיף 8); אפשרות לעיון מחדש תוך שמיעת עמדת תאגיד העוסק בהגנה על אינטרס הציבור באינטרנט (סעיף 9); רשות ערעור על החלטת בית המשפט (סעיף 11); פרסום הודעה על מתן צו לפי החוק (סעיף 12); ודיווח שנתי לכנסת על הפעלת סמכויות מכח החוק (סעיף 15). למעשה, הליך בקשות הסרת התכנים נעדר כל אחד מהשלבים הללו.

ב.5. היעדר ביקורת שיפוטית

43. בהליך הפלילי כמו גם בהליך בקשה להגבלת גישה לתוכן לבית המשפט תפקיד מרכזי בהבטחת זכויותיו של החשודים, ובפיקוח על התנהלות הפרקליטות. בית המשפט מפקח על הליך המעצר ומשכו, בוחן את כתב האישום או את הבקשה להגבלת תוכן, שומע את עמדת הגורמים הנוגעים לדבר, בוחן את התנהלות הפרקליטות, מפרש את החוק וקובע את הדין. הליכים אלה הם כאמור פומביים. לעומת זאת, בית המשפט נפקד לחלוטין מהליך בקשות להסרת תוכן. במובנים מסוימים את מקומו ממלאים מתווכי התוכן באינטרנט, שהם כידוע חברות פרטיות שמונעות בראש ובראשונה מרצון למקסם את הרווח הכלכלי, ולשמור על הדימוי הציבורי שלהם. מעבר לכך, ספק רב אם לתאגידים בינלאומיים שכאלה יש את היכולת לבחון ביטויים בשפות שונות בהקשר

שבו הם נאמרו ולקבוע האם ביטויים אלה עומדים בהוראות דין מקומי ספציפי, על כך כאמור נפרט בהמשך.

44. נתיב פעולה זה אף מוביל לכך שעמדתה של הפרקליטות לא תוצג בפני בית המשפט, ומשכך הלכה פסוקה לא תתפתח בנושא, על מנת להנחות את הפרקליטות או את מתווכי התוכן. ההליך הפלילי שוזר לכל אורכו היבטים של שקיפות הבאים להגן על זכויות החשוד מפני כוחה של המדינה בבואה למצות עמו את הדין. כך גם הסמכויות שנקבעו בחקיקה בדבר הגבלת גישה לתכנים באינטרנט. השקיפות המובנית בהפעלת סמכויות אלה מדגישה את חוסר השקיפות שבהליך בקשת הסרת התכנים. לעמדת המבקשת, על השקיפות בהסדרים הסטוטוריים להוות השראה לשקיפות המינימלית הנדרשת בהליך בקשות להסרת תכנים.

ג. תפקיד מתווכי התוכן בהליך בקשות להסרת תכנים

45. כפי שהובהר בסעיף 86 לעתירה, העתירה אינה עוסקת בשאלת החובות החלות על מתווכי התוכן באינטרנט בעת קבלת החלטה לעניין הסרת תכנים, לרבות בעקבות בקשה שמגישה המדינה. סוגיה זו הועלתה על ידי המבקשת ובאת כוחה בע"א 815/18 **Facebook Ireland lim. ואח' נ' אבי לן ואח'**. בעקבות בקשה זו ביקש בית המשפט את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה. לאחר השתלשלותה האירועים המתוארת בחרו הצדדים להתפשר ולחזור מן הערעור, עמדת המבקשת התייתרה, ואילו היועץ המשפטי לממשלה לא הביע לבסוף עמדתו, ובית המשפט הנכבד רק תיקף את הפשרה מבלי שדן בסוגיה כבדת משקל זו.

עם זאת, לאור הדומיננטיות של מתווכי התוכן בהליך בקשות להסרת תוכן, נבקש להתייחס להלן לחלקם בהליך, והיעדר השקיפות גם לגבי חלק זה, שכן לעמדת המבקשת יש להביאו בחשבון בעת בחינת השאלה המשפטית שעל הפרק.

ג.1 מאפייניו היחודיים של מרחב הסייבר

46. בעשורים האחרונים חל שינוי ביחסי הכוחות בין המדינה, התאגידים והפרטים בחברה. מעבר למדינות, יש להגן על הפרטים בחברה גם מפני גופים פרטיים. שינויים שכאלה ביחסי הכוחות מצריכים פיתוח כלים משפטיים שיהלמו את מצב הדברים החדש (ראו לדוגמה דיון אודות הטלת חובות שקיפות על תאגידים פרטיים רועי פלד "הזכות למידע מתאגידים" **הפרקליט** נב 683 (תשע"ג); לדיון אודות תחולת הדין המנהלי על רשויות המדינה כרגולטוריות והביקורת השיפוטית על המדינה בכובעה זה, ראו יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח (תשע"ז)).

47. השינוי המבני ביחסי הכוחות מתעצם במרחב הסייבר, המעוצב בעיקרו על ידי מספר מצומצם של תאגידים פרטיים בינלאומיים המתווכים את התוכן המצוי במרחב הסייבר לציבור, לדוגמה באמצעות רשת חברתית או שירות חיפוש. למעשה, המתווכים אחראיים במידה רבה לאופן שבו מוצג המידע המצוי באינטרנט לציבור. לדוגמה, מידת החשיפה של מידע מסוים בפני אדם מסוים,

נקבע בפועל על ידי המתווכים, והאופן שבו הם בוחרים לדרג את תוצאות החיפוש בשירות שהם מספקים, או להציע עבור המשתמשים תוכן לצפייה. קביעות אלה נעשות לפי הארכיטקטורה הטכנולוגית שפיתחו המתווכים ולפי המדיניות ותנאי השימוש שקבע כל מתווך לעניין הסרת תכנים וחסיתת משתמשים (ראו לדוגמה, LAWRENCE LESSIG, **CODE 2.0**, p. 6, (2006), עוד ראו 2011 Jack M. Balkin, **Free Speech Is a Triangle**, 118 Colum. L. Rev., (2018), להלן – "Balkin, Free Speech").

48. יש לציין כי הטכנולוגיה של המתווכים מקנה להם יכולת לבסס את החלטותיהם על בסיס המידע שמצוי בידיהם אודות המשתמשים. היקף המידע שבידיהם, כמו גם אמצעי הטכנולוגיה לעיבודו, ולניטור פעולות המשתמשים הם חסרי תקדים. (Daphne Keller, **Who Do You Sue?** A Hoover Institution Essay, p.1, Stanford University (2019), להלן – "**Keller, Who Do You Sue?**"). אמצעים אלה, כמו גם הנתח של המתווכים במרחב הסייבר, מובילים לכך שהחלטות המתקבלות על ידם, מגדירות להלכה ולמעשה, את גבולות זכויות האדם במרחב הסייבר, ואת אופן מימושו. כפועל יוצא מכך, דומה כי למתווכים תפקיד גדול בעיצוב התפיסה הציבורית של זכויות האדם כיום, בהיותם הגורם המגדיר מהו המידע שהמשתמשים בשירותיהם נחשפים אליו, כמו גם אופי הקשרים שהמשתמשים יכולים לקיים אלה עם אלו. בהיבטים אלה כוחם של המתווכים לצמצם את היקף חופש הביטוי והנגישות למידע עולה על כוחה של המדינה.

49. הסרת תוכן פוגעת כמובן בחופש הביטוי של המשתמש שפרסם את התוכן הזה. אולם חשוב להדגיש כי הסרת תוכן כזו, פוגעת, מניה וביה, באפשרות המימוש של זכויות יסוד ובאינטרסים חברתיים אחרים של אותו המשתמש ושל כלל ציבור המשתמשים. היא פוגעת בזכות הגישה למידע של כלל המשתמשים, בזכות לחופש העיסוק, הזכות לפרטיות, ובזכויות נוספות – שהרי כל אלה שלובים אלה באלה – היכולת לממש זכות אדם אחת משליכה באופן ישיר על היכולת לממש זכות אחרת. בשים לב לכך, נשמעת הטענה כי מעבר להשלכה של המתווכים על היקף הזכויות ומימושו בפועל, למתווכים, בשים לב למעמדה והתנהלותה מיום היווסדה – תפקיד מרכזי גם בעיצוב האופן שבו המשתמשים שלה תופסים ומגדירים את הזכויות שלהם עצמם (Tomer Shadmy, **The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights**, 37 Boston Uni. Intl. L. J. p. 13 (2019)).

50. יצוין כי המתווכים משפיעים על החשיפה של התכנים המפורסמים בהם בשני אופנים עיקריים. האחד הינו קבלת החלטה להסיר תוכן מסוים או לחסום את חשבון המשתמש שהעלה את אותו התוכן. השני החלטה בדבר התוכן שיוצג בפני כל משתמש, זאת בהתאם לארכיטקטורה הטכנולוגית בה עושה המתווך שימוש, ובהתאם לפרופיל של המשתמשים הנחשפים לתכנים אלה (לשם הפשטות בעמדה זו נתייחס לשתי החלטות אלה במונח 'הסרת תוכן').

51. עוד יובהר כי המתווכים מסירים תכנים משני נימוקים עיקריים: האחד מקום בו **התוכן סותר רגולציה מדינתית קיימת** (לדוגמה – התוכן אינו חוקי בהתאם לחוקי המדינה) בין אם לבקשת המדינה ובין אם מיוזמתם; השני, **מקום בו התוכן שפורסם נתפס על ידי המתווך כתוכן הסותר את תנאי השימוש שהגדיר המתווך**. כפי שפורט בסעיפים 76 – 86 לעתירה, ישנה כתיבה אקדמית מקיפה באשר להסרת תכנים בטענה שהם סותרים רגולציה מדינתית תופעה המכונה 'צנזורה

אגבית' (collateral censorship), והשלכותיה של אסדרה זו על חופש הביטוי והנגישות למידע, בעיקר בשל התמריצים שהיא יוצרת למתווכים.

מאפיינים אלה של מרחב הסייבר משנים באופן מהותי ויסודי את האופן שבו זכויות אלה יכולות להיפגע, והדרכים בהן על הדין לספק הגנה לזכויות אלה. שהרי, ההגנה המשפטית על זכויות יסוד עוצבה מתוך מטרה להגן על הפרטים בעיקר מפני המדינה, שנתפסה כגורם העיקרי שפערי הכוחות בינה לבין האדם הפרטי מצריך הגנה מיוחדת (ראו לדוגמה דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11 (תשס"ט). כיום, בניגוד למצב הדברים לפני עשורים, במיוחד בכל הנוגע ליחסי הכוחות במרחב הסייבר, למתווכים יש כח שאינו פוחת מכוחן של מדינות, ובמובנים מסוימים אף עולה על כוחן. עצם הבחירה של יחידת הסייבר לנקוט בהליך בקשה להסרת תוכן הוא עדות לפערי הכוחות הנוטים לטובת המתווכים ניתן לראות בשימוש שנאלצת לעשות המדינה בשירותי המתווכים להגבלת תכנים במרחב הסייבר.

ג.2. הטיה לטובת הסרת תכנים

52. היקף וקצב התכנים המועלים על גבי מתווכי התוכן יוצרים אתגר אדיר למתווכי התוכן, ושאלת האחריות המשפטית של מתווכי תוכן בגין תוכן המועלה על ידי צד שלישי עומדת במוקד השיח המשפטי בהקשר זה בשנים האחרונות. החשש מפני אפקט מצנן, והסרה של ביטויים שנויים במחלוקת אך לגיטימיים (לדוגמה כאלה שאינם מפרים חוק מדינתי או את המדיניות של המתווכים) הוא רב. נזכיר כי אלו הם אותם הביטויים הזקוקים להגנה משפטית החזקה ביותר. נתונים על אודות הסרת תכנים בשל דיווחים על הפרת זכויות של קניין רוחני כחלק ממדיניות הודעה והסרה מעידים אף הם כי החשש מפני הסרות יתר מצד מתווכי התוכן מוצדק (ראו Daphne Keller, **The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and The EU 2016 General Data Protection Regulation**, 33 Berkeley Technology L. J. 278) להלן – (Keller, **The Right Tools**).

53. הסכנה לחופש הביטוי בשל בקשות להסרת תכנים מטעם מדינות, מטרידה מלומדים ברחבי העולם. ישנן דוגמאות לבקשות מצד רשויות בארה"ב להסיר מידע, אשר חלקן כולל אף מידע המוגן לפי התיקון הראשון של החוקה, ולעיתים מידע שיש בו ביקורת כלפי הממשל. עוד ישנן דוגמאות לבקשות בהן ביקשו הסרת סרטונים שהעלו פעילי זכויות אדם, המתעדים פגיעות באוכלוסייה אזרחית בזמן התקפות צבאיות. דוגמאות נוספות קיימות גם באיחוד האירופי. במקביל לבקשות אלה, על פי רב, עורכות המדינות הסכמים עם מתווכי התוכן שמסדירים את הסרות התכנים כמו גם במדינות רבות, ובכלל זה ישראל מקודמות הצעות חוק המבקשות להטיל על מתווכי התוכן אחריות משפטית. הסכמים אלה על פי רוב אינם גלויים במלואם. על פי הדיווח של הדווח המיוחד של האו"ם לגבי חופש ביטוי, קיים הסכם שכזה בין פייסבוק לבין מדינת ישראל אולם לסיכום ידיעתנו, פרטיו לא נחשפו במלואם. (ראו **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, UN Doc. A/HRC/38/35 (2018), (להלן – "Report of the Special Rapporteur"), יצוין כי אחת

מהביקורות העיקריות העולות מהדוח היא היעדר שקיפות מספקת מצד המדינה ומצד מתווכי התוכן אודות הליך הסרת התכנים.

54. מורכבות נוספות שיש לתת עליה את הדעת היא כי מערכת היחסים בין המדינה לבין מתווכי התוכן, כאשר למדינה שני תפקידים; האחד הוא המדינה כרגולטור שלו הכח להסדיר את התנהלות מתווכי התוכן, השני כולל פן עסקי, בו המדינה היא לקוח משמעותי של מתווכי התוכן. המדינה היא לקוח עסקי משמעותי המשתמש במתווכי התוכן לפרסם תוכן לציבור, באופן אורגני ובמימון כספי, גם בהקשר זה למתווכי התוכן יש אינטרס להבטיח את שביעות הרצון של המדינה. (ראו בהקשר זה **שקיפות פעולות המדינה**, עמ' 32, 38). יש הרואים במתווכי התוכן כגורם בעמדה הטובה ביותר להגן על חופש הביטוי של המשתמשים, ולהיות גורם מפקח ומבקר על פעולות המדינה. אולם, המבקשת תבקש מבית המשפט לבחון בזהירות עד כמה "וולונטריות" היא ההיענות של מתווכי התוכן לבקשות המדינה (ראו Danielle K. Citron, **Extremist Speech**, 93 Notre Dame Law Review 1035, **Compelled Conformity, and Censorship Creep**, Annemarie Keller, **Who Do You Sue**; (2018)(Citron, **Extremist Speech** - להלן). (Bridy, **"Internet Payment Blockades"**, Florida Law Review 67 (2015), p. 1525).

55. יש בסיס לחשוד כי מדובר בשיתוף פעולה שהוא חלק ממאמציהם של מתווכי התוכן להבטיח את האינטרסים שלהם, יהיו אשר יהיו. בחינת מבנה התמריצים של מתווכי התוכן מעידה על כך שהחשש מפני הסרות יתר של ביטויים ואפקט מצנן על חופש הביטוי מוצדק ומבוסס. ראשית, הימנעות להסיר ביטוי שנוי במחלוקת מקבלת תהודה ציבורית וביקורת ציבורית בעוד שהסרת ביטוי ספק רב אם תמשוך תשומת לב (אלא אם המפרסם כשלעצמו הוא אישיות מוכרת), וגם אם תמשוך תשומת לב סביר שתזכה לאהדה ציבורית. שנית, הימנעות מהסרה חושפת את מתווכי התוכן לאחריות משפטיות, מקום שבו ישנה כזו, או לקידום רגולציה מדינתית מקום שבו אין משטר של אחריות מתווכי תוכן. זאת, בעוד שלמתווכי התוכן אין כל מחויבות משפטית להותיר ביטוי מסוים. הם הקובעים את כללי המדיניות והם המפרשים אותם. בישראל, נכון למועד זה, הם אינם כפופים לכללי המשפט הציבורי ובין היתר לחובת השקיפות הנובעת מהם (**שקיפות פעולתה של המדינה**, עמ' 28). המצב המשפטי ופערי הכוחות בין מתווכי התוכן למשתמש בודד, מקשים עד מאד לתקוף החלטה להסיר ביטוי, ודאי כאשר מדובר בביטוי שנוי במחלוקת. ליחידת הסייבר יש יתרון גם בהקשר זה ביחס לאדם מן השורה שהרי הפנייה של יחידת הסייבר לספקיות הרשת אינה מבוצעת בכלי הדיווח הרגילים של האתרים, אלא ספקיות הרשת ככל הנראה ממנות גורם המרכז את פניות המדינה אליהן ופניות המדינה נבחנות בנפרד (**שקיפות פעולות המדינה**, עמ' 31).

מעבר לכך יש להזכיר כי הליך הסרת התכנים של מתווכי התוכן עצמם, בין אם לפי בקשת מדינה ובין אם מטעמים אחרים, אינו חף מטעויות בלשון המעטה, ונתון כשלעצמו תחת ביקורת ציבורית רבה (ראו Evelyn Doukee, **Verified Accountability**, A Hoover Institution Essay, Aegis Series Paper No. 1903, להלן – **Doukee, Verified Accountability**). אם כך, כיצד ניתן לסמוך על שיקול דעתם בעת בחינת בקשות להסרת תכנים מטעם המדינה?

3.ג. העדר שקיפות מספקת מצד מתווכי התוכן אודות הליכי ההסרה

56. כלל המלומדים מסכימים כי הגברת השקיפות היא צעד ראשון והכרחי על מנת לצמצם ככל שניתן הסרות תוכן לגיטימי. אמנם מתווכי התוכן מפרסמים מדי חצי שנה דוחות שקיפות המספקים נתונים מסוימים אודות הסרות תכנים שנעשו על ידן (להלן – דוחות שקיפות), זאת הגם שלמיטב ידיעתנו, ועל אף הצהרות מצידם על החשיבות שראויות בעניין זה¹, לעמדתם לא חלה עליהם חובה משפטית לעשות כן.

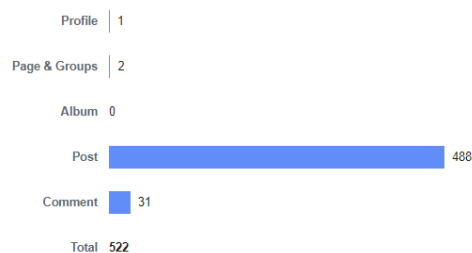
57. מתווכי התוכן החלו לפרסם את דוחות השקיפות לפני תחילת פעילות "האכיפה האלטרנטיבית" המוצהרת של יחידת הסייבר בישראל. כך לדוגמה דו"ח השקיפות של גוגל פורסם לראשונה בשנת 2009 וכן דו"ח השקיפות של פייסבוק פורסם לראשונה בשנת 2013. ישנה שונות בין דוחות השקיפות של מתווכי התוכן השונים, אולם עבור כלל המתווכים בדוחות השקיפות הנוגעים להסרות תכנים ישנם שני חלקים עיקריים – האחד, דיווח על הסרות תוכן שנעשו כתוצאה מהפרה של כללי המדיניות כפי שהוגדרו ע"י המתווך עצמו, והשני דיווח על הסרות תוכן או הגבלות שנעשו לבקשת גופים ממשלתיים בנוגע לתוכן המפר חוק מדיני. דומה לדוחות המפרסמת יחידת הסייבר, גם דוחות אלה, לעמדת המבקשת אינם מספקים את המידע הנדרש על מנת לקיים פיקוח ציבורי על הליך בקשת הסרת התכנים. נציג להלן לשם התרשמות בית המשפט את הדוחות של שלושת מתווכי התוכן המרכזיים, כפי שהם מופיעים באתרי האינטרנט של המתווכים עצמם:

מבנה הדוחות

דו"ח השקיפות של פייסבוק:

58. בדומה לשאר דוחות השקיפות, דוחות השקיפות של פייסבוק מחולקים לשניים. החלק הראשון נוגע להסרות התוכן שנעשו בעקבות הפרה של כללי המדיניות שהוגדרו ע"י המתווך. החלק השני, נוגע לבקשות מצד מדינות. בקשות הגופים הממשלתיים מחולקות לשניים: בקשות מצד גוף ממשלתי להסרות תוכן בשל הפרה של חוק מדיני ובקשות לקבלת מידע על משתמשי המתווך. הדו"ח הרלוונטי לענייננו הוא דו"ח השקיפות הנוגע להסרות התוכן שהתבצעו לבקשת מדינות לאור הפרת חוק מקומי. הדו"ח מפולח למדינות כך שניתן לראות את מספר ההסרות שנעשו מצד המתווך לבקשת מדינה מסוימת בחלוקה לפי סוג התוכן (פוסט או תגובה) והרשת ממנה הוסר (פייסבוק או אינסטגרם). נציג להלן דו"ח החציוני להסרות תוכן ממשלתיות בישראל לחודשים ינואר-יוני 2019:

Facebook

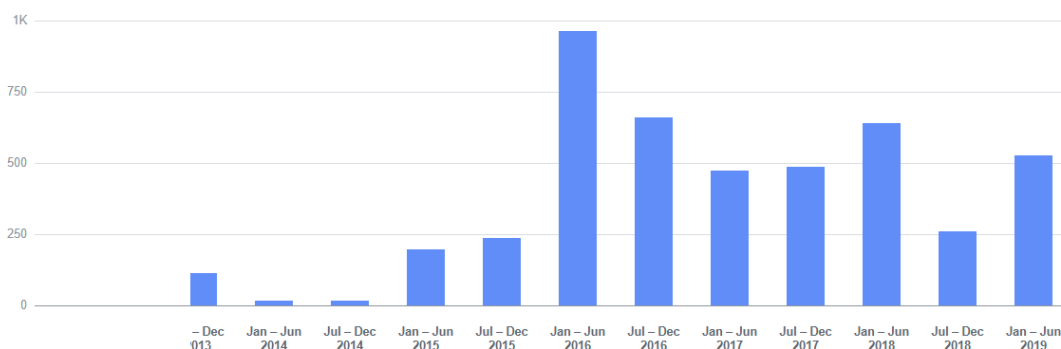


Instagram



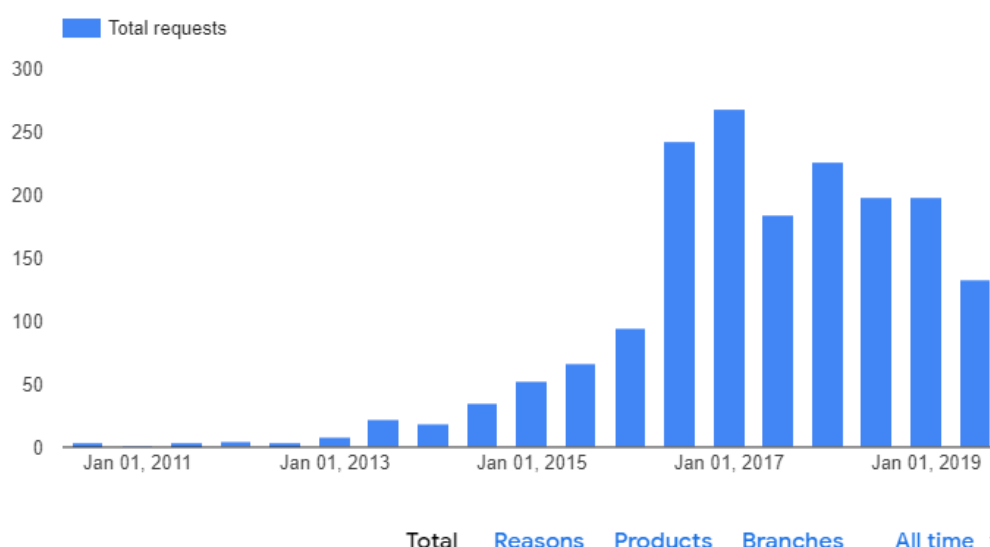
¹ Online content regulation, facebook בעמ' 11.

ניתן להבחין, שהחוקים המקומיים בגינם הוסר התוכן אינם מצוינים. בנוסף לדו"ח החציוני מופיעה דיאגרמה של כלל מספר ההסרות מצד המתווך בגין הפרות חוק מקומי במדינת ישראל:



דו"ח השקיפות של גוגל:

דו"ח השקיפות של גוגל המתייחס להסרות מחולק אף הוא לשני חלקים עיקריים. האחד, הסרות תוכן שהפרו את כללי המדיניות במסגרת פלטפורמת YouTube. השני, הסרות תוכן שנעשו בעקבות בקשות מצד גופים מדיניים המכיל אך ורק הסרות תוכן שהפרו חוק מדיני או התקבלו לפי צו בית-משפט.

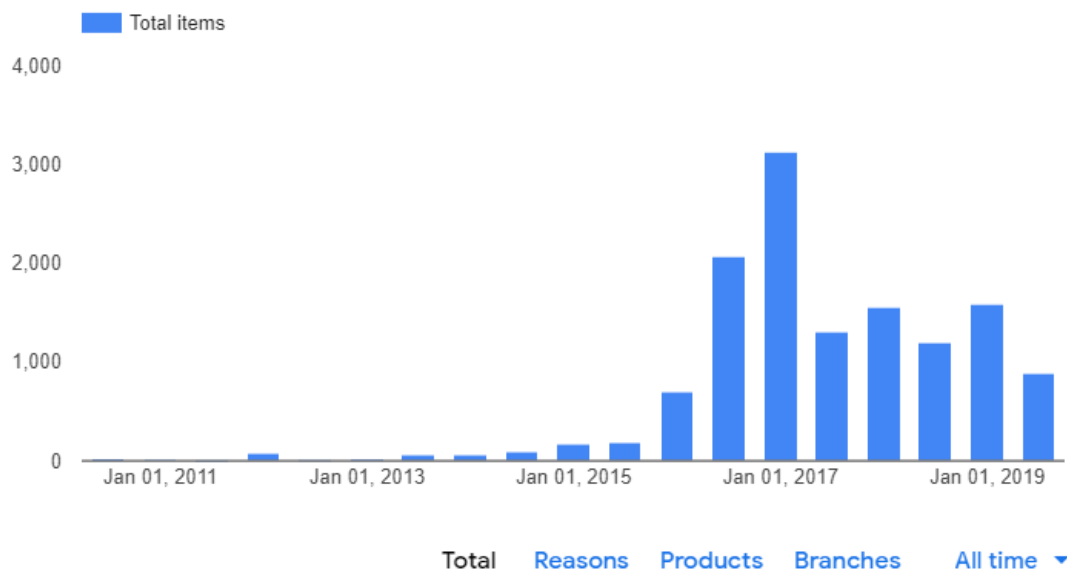


כלומר, אם מדינה ביקשה הסרת תוכן אשר מפרה את כללי המדיניות של גוגל, היא לא תופיע בדו"ח זה כי אם בדו"ח הנוגע להסרות התוכן בעקבות הפרת כללי מדיניות. דו"ח זה מפולח אף הוא לפי מדינות ומחולק לשניים. החלק הראשון, מציג את מספר הבקשות מצד המדינה לאורך השנים, כאשר כל בקשה יכולה להכיל מספר פריטים להסרה. ודו"ח בנוגע למספר הבקשות של גופים ממשלתיים בישראל לאורך השנים:

את הדו"ח ניתן לפלח לפי סיבת ההסרה, סוג התוכן שהוסר והרשות שביקשה את הבקשה. הסיבות להסרה בדו"ח אינן מתייחסות לסעיף החוק המדיני המופר אלא לנושאי גג שנבחרו ע"י גוגל, לדוגמה: בטחון מדיני, השמצה, פרטיות, זכויות יוצרים. סוג התוכן שהוסר מתייחס לשירות גוגל ממנו התוכן

הוסר- מנוע החיפוש, Blogger או YouTube. הרשויות המבקשות את ההסרה מחולקות לרשות שופטת או מבצעת.

החלק השני מתייחס למספר הפריטים שביקשה המדינה להסיר לאורך השנים. חלק זה מחולק אף הוא לסיבות להסרה, השירות ממנו הוסר, והרשות שביקשה את ההסרה בדומה לדו"ח דלעיל:



דו"ח השקיפות של טוויטר

הדו"ח הנוגע לפניות ממשלתיות לטוויטר מחולק לשני דוחות. האחד, בנוגע לבקשות להסרת תוכן ללא פירוט בנוגע לסיבת הפניה והשני נוגע לבקשות לקבלת מידע אודות המשתמשים. דו"ח זה הוא דו"ח שהתפרסם מאוחר ביחס לשאר הדוחות ומכיל מספר בקשות בודדות בלבד.

Report	Removal requests (court orders)	Removal requests (government agency, police, other)
January - June 2019	1	12
July - December 2018	0	2
January - June 2018	0	3
July - December 2017	2	3
January - June 2017	0	12
July - December 2016	0	1

59. יש לברך על הדוחות הללו, שמהווים צעד ראשון בדרך להוביל לשקיפות אפקטיבית שתאפשר החלת פיקוח ציבורי הן על מתווכי התוכן, והן על המדינה. אולם, כפי שתואר לעיל, המידע

המתקבל מהדוחות מוגבל. שכן, קשה לדלות מהם מידע מעבר למספר הבקשות שהתקבלו כגון הגורם המדיני הפונה, טיב הבקשות ותוכן. כך לדוגמה:

א. הדוחות אינם מפולחים לפי הגורם המדיני שביקש הסרה. דו"ח גוגל אמנם מבחין בין הרשות הפונה, השופטת או המבצעת, אך ללא פירוט מעבר. משכך, אין דיווח מדויק אודות פעילות יחידת הסייבר במסגרת "האכיפה האלטרנטיבית" והבנה מהו חלקם היחסי מתוך כלל הפניות הממשלתיות.

ב. הדוחות אינם מספקים מידע על אודות תוכן הבקשה או החוק המדיני המופר שבגינה התקבלה הבקשה. גם לעניין זה, דו"ח גוגל אמנם מחלק את הבקשות לפי נושאי גג כלליים,² אך תוכן הבקשה עצמו נותר עמום. יש לציין שגוגל מפרסמת תוכן בקשות ספציפיות אשר רואה בהן עניין ציבורי, אך לא פרסמה בקשה כזו מאז 2015. דהיינו, מאז הקמת יחידת הסייבר. מהות הבקשה אף היא איננה ברורה. כלומר, לא ברור הסעד המבוקש ע"י המדינה- האם מדובר בהגבלה מסוימת³ בהקשר זה יש לציין כי מתווכי התוכן נוהגים לעיתים תכופות להחליט לא להסיר ביטוי מסוים ותחת זאת להפחית את התפוצה שלו בצורה משמעותית. עיון בדוחות השקיפות אינו חושף מידע אודות שימוש בסעד כזה, שספק אם יש הבדל משמעותי בינו לבין הסרת הביטוי (Doukee, Verified Accountability, p.8). האם המדינה מבקשת שימוש בסעד זה? מתי נעשה בו שימוש, וכיצד ניתן לקבל על כך מידע?

ג. נוסף לזאת, ניכר שאפילו הנתון העיקרי שמספקים הדוחות, שהוא מספר הבקשות שהתקבל מצד המדינות, אינו תואם את מספר הבקשות שאושרו אשר דווח ע"י הפרקליטות, וההבדלים המספריים בין הדוחות מגיעים לכדי אלפי בקשות. לצד זאת יש לזכור כי כל בקשה יכולה להתייחס למספר תכנים שביקשה המדינה להסיר. נוצרת תמונה עמומה בנוגע למספר הבקשות המדויק באופן שמקשה לחלץ נתון אודותיו, ונשאלת השאלה האם ישנם גורמים מדינתיים נוספים אשר מבקשים הסרת תכנים? בדוחות שמפרסמים המתווכים קיים דיווח נפרד על מספר ההסרות או ההגבלות שנעשו בנוגע לתכנים המפרים את כללי המדיניות ובנוגע להסרות שנעשו עקב בקשה על הפרת חוק מדיני. כפי שניתן לשים לב, מספר הבקשות המדווח בדוחות הפרקליטות גבוה בעשרות אלפים ממספר הבקשות המדיניות המדווחות ע"י המתווכים בנוגע לישראל.⁴ מעבר לכך, שמספר הבקשות המופיע בדוחות השקיפות של המתווכים אינו מתייחס לבקשות המופנות מייחידת הסייבר בלבד אלא כולל גם בקשות של משרדי ממשלה אחרים ועמותות. הסבר אפשרי לפער זה הוא שהמדינה מבקשת לעיתים הסרת תוכן או הגבלה לגבי תוכן שמפר אף את כללי המדיניות של המתווכ עצמו, וכך נטען כי נעשה (ראו לדוגמה Citron, Extremist Speech עמ' 25). כלומר, המדינה מבקשת הסרה על תכנים שדיווחם ישתקף בדו"ח הנוגע להפרה של כללי המדיניות מבלי לציין במפורש כי התכנים הוסרו לבקשת מדינה. בכך הסרות תכנים שכאלה "ייבלעו" בין ההסרות שהמתווכ מבצע באופן עצמאי לכתחילה.

² לדוגמה: ביטחון לאומי, השמצה, זכויות יוצרים.

³ פלטפורמת פייסבוק שאליה נשלחים מספר הבקשות הגבוה ביותר (ראו: דו"ח הפרקליטות לשנת 2018 בעמ' 64) מפרסמת בדו"ח בקשות לכל סוגי הגבלות התוכן ללא הסבר מפורט האם הגבלות אלו מתייחסות להסרות בלבד או שמא לסוגי הגבלה נוספים. ראו לדוגמה דסקל עמ' 10.

⁴ כך לדוגמה: בשנת 2018, מספר הבקשות להגבלה או הסרת תוכן שביקשה הפרקליטות מפייסבוק עומד על 12,426 ואילו לפי פייסבוק מספר הבקשות לשנת 2018 הינו 1722. דוג' נוספת: לשנת 2018, טוויטר דיווחה על 5 בקשות להסרה מצד המדינה בעוד שהפרקליטות דיווחה על 1142.

לפיכך, נראה שאף מספר הבקשות העולה בדוחות השקיפות ע"י המתווכים אינו מעיד באופן ברור על מספר הבקשות של מדינה להסרה או הגבלת תכנים בפועל.

ד. מעבר לאמור לעיל, לא ניתן ללמוד מהדוחות האם נאמר למשתמשים כי התכנים הוסרו לבקשת מדינה. עוד לא ידוע האם נאמר למשתמש כי תוכן שסווג כהפרה של כללי המדיניות למעשה הוסר לבקשת מדינה? האם ניתנת למתבטא הזדמנות לטעון כנגד ההחלטה? פרוצדורות אלה הן חלק משמעותי מכללים שקיבלו על עצמם מתווכי התוכן, (וראו **Keller, The Right Tools** עמ' 52)

ה. הדוחות אינם מפרטים מידע מספק לגבי הליך הבדיקה שנעשה אצל מתווכי התוכן. כמה ממנו הוא אוטומטי, כמו אנושי? מי הם אותם אנשים, האם הם דוברי השפה ושולטים בהקשרים התרבותיים (וראו **Jennifer Daskal, Speech Across Borders**, 105 Virginia Law Review, 1641, p. 1641 Review, 1605, p. 1641? אילו פערים יש למנגנוני הבדיקה בשפות שונות (וראו בכלליות Suzor, West, Quodling & York, **What Do We Mean When We Talk About Transparency? Toward Meaningful Transparency in Commercial Content Moderation**, International Journal of Communication 13, p. 1526) (2019)

60. מכל אלו עולה כי המידע שניתן להפיק בנוגע לבקשות להסרת תוכן מצד המדינה מדוחות השקיפות המתפרסמים ע"י המתווכים הינו מוגבל ואיננו מאפשר פיקוח ובקרה אפקטיביים אודות הבקשות להסרה מצד המדינה. מאחר והמתווכים הינם גופים פרטיים, הם אינם כפופים לחוק חופש המידע ולכן לא חלה עליהם החובה לדווח על אודות המידע הנתון בידיהם. כאמור, המידע המתפרסם ע"י המתווכים אינו מפרט מיהו הגורם המדיני הפונה לבקשה, מהו התוכן המבוקש ומהי מהות הבקשה. כמו כן, במידע המתפרסם קיים פער בלתי מוסבר בין מספר הפניות המדווחות ע"י יחידת הסייבר לבין המספר המדווח בדוחות השקיפות של המתווכים. לכל אלו, יש משמעות בדבר האפשרות הממשית להגשים את תכליות חוק חופש המידע לקדם את חופש הביטוי, השוויון ושלטון החוק.

61. חוסר הבהירות אודות תוכן הבקשות והסיבה להסרתן מעלה שאלות אודות חופש הביטוי של המשתמשים במרחב בו מתבצעת אכיפה שלטונית וההצדקות העומדות מאחורי הסרת אלו. כמו כן, עולות תהיות בדבר כיבוד שלטון החוק מאחר ולא מפורטים סעיפי החוק שבגינם הוסר תוכן מסוים. מכאן, מאחר והמידע בהן אינו מאפשר פיקוח ובקרה ממשיים אודות פעולות "האכיפה האלטרנטיבית", כאשר לעמדת המבקשת, דוחות השקיפות המתפרסמים ע"י המתווכים אינם מהווים תחליף למידע החסר על פעילות יחידת הסייבר.

ד. סיכום

62. לסיכום, כמתואר לעיל, הליך הסרת תכנים מהווה אפיק מנהלי חדש באמצעותו מבקשת המדינה לאכוף את החלטותיה על השיח הציבורי המתקיים במרחב הסייבר. הגם שניתן להצדיק במקרים מסוימים שימוש באפיק שכזה, אין להקל ראש בסכנות הטמונות בו, ולבטח פעילות מעין זו חייבת להיעשות בהסמכה מפורשת ובשקיפות, שני אלמנטים הנעדרים מפעילות היחידה.

63. היעדר השקיפות הן מצד המדינה והן מצד מתווכי התוכן מותיר מקום לחשש של ממש לפגיעה שאינה מידתית בחופש הביטוי ובנגישות למידע של הציבור הישראלי במרחב הסייבר. כחלק משאלת הסמכות העולה מהעתירה, נבקש מבית המשפט הנכבד לבחון את אופן הפעלת הפעולה השלטונית כפי שנעשה כיום, ועיקר את השקיפות של פעולות אלה. עמדת המבקשת היא שיש לפעול להגברת שקיפות היחידה ופעילותיה, וככל שלא יובטח כי הליך הבקשות להסרת תכנים יתנהל בשקיפות מירבית ותוך תיעוד, גדל החשש לפגיעה שאינה מידתית בזכויות יסוד.

דנה יפה, עו"ד

** העמדה נכתבה בסיוע הסטודנטים טל איל, חן אסף, אלה פרץ ואסף כהן מהקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר, האוניברסיטה העברית בירושלים.



25 לאוגוסט 2019
כ"ד באב התשע"ט
ירושלים

אל:

הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים

הנדון: בקשה לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח – 1998 אודות הטיפול של יחידת הסייבר בדברי ביקורת כנגד המשטרה

הרינו¹ מתכבדים לפנות בבקשה לקבלת מידע, לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. בתאריך 26.2.19 פורסמה ב"כאן"² כתבה אשר מציגה את דרך התמודדותה של המשטרה עם תופעת "השיימינג" נגד שוטרים באמצעות "קצין שיימינג", שמטרתו לסייע לשוטרים להסרת הפרסום הפוגעני.

על מנת לשפוך אור על היקף אותו מנגנון, תקציבו ואופן פעולתו, פנינו למשטרת ישראל בבקשה לקבלת מידע. במענה לבקשתנו צוין בין היתר כי משטרת ישראל מממנת תקן ביחידת הסייבר בפרקליטות המדינה המסייע בבקשות הסרת תכנים ובהם ביקורת על המשטרה מהרשתות החברתיות.

לאור כך, ברצוננו לקבל מידע בנוגע לפעולתו של הפרקליט בתקן זה על פי הפירוט כדלקמן:

1. היקף כח האדם ביחידת הסייבר בפרקליטות המדינה – מספר הפרקליטים שקיימים ביחידה, לרבות תחומי עיסוקם והגדרת תפקידם.
2. מספר התקנים ביחידה הממומנים ע"י רשויות ציבוריות אחרות, מלבד התקן הממומן ע"י המשטרה, לרבות פירוט רשויות אלה.
3. תחומי האחריות של הפרקליט שממומן ע"י המשטרה, לרבות הגופים הנוספים בהם אמור לטפל, ככל שקיימים כאלה.
4. הנוהל לטיפול בפניות של המשטרה על ידי הפרקליט האמור, ובעיקר:

¹ הקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר באוניברסיטה העברית החלה לפעול עם תחילת שנת הלימודים האקדמית הנוכחית, כשיתוף פעולה בין מרכז פדרמן לחקר הסייבר (H-CSRCL) והמרכז לחינוך משפטי קליני (CLEC) בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. הקליניקה מתמקדת בהגנה על הזכות לחופש הביטוי והזכות לפרטיות במרחב סייבר, ומעניקה סיוע משפטי למי שזכויותיהם אלה נפגעו.

² <https://www.kan.org.il/item/?itemid=47790>



- א. אמות המידה לפיהן יוכרע האם הפרקליטות תפנה בבקשה להסרת הפרסום, והאם הן שונות מאמות המידה להכרעה בדבר פרסומים אחרים.
- ב. נתונים מספריים אודות הטיפול בבקשות שהוגשו לפרקליט האמור, ונוסף לכך את לשון התכנים המבקרים את המשטרה שהפרקליטות ביקשה מרשות חברתיות או מתווכות תוכן אחרות במרחב הסייבר להסיר בשנה האחרונה, לרבות המענה שהתקבל מהן, והכל תוך השמטת פרטים העלולים לפגוע בפרטיות.
5. "נוהל פרקליטות המדינה להגשת תביעות דיבה בשם של שוטרים ו/או עובדים סוציאליים", לרבות ;
- א. תנאי הסף להגדרת המקרים המתאימים לפעולה על פי נוהל זה.
- ב. מספר התביעות שהוגשו על פי נוהל זה.

בברכה,

עו"ד דנה יפה

**הבקשה נכתבה בסיועם של הסטודנטים אביב בן שחר ועמרי ברהום מהקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר.



משרד המשפטים הממונה על העמדת מידע לציבור

ירושלים, ג' חשוון, תש"פ
1 נובמבר, 2019
בתשובתך נא ציין:
תיק מס' 19-0443-2015

לכבוד,

גב' דנה יפה, עו"ד – האוניברסיטה העברית בירושלים.

באמצעות דואר אלקטרוני:

א.נ,

הנדון: בקשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998

(סימוכין: פנייתך מיום 20/1/2019)

בפנייתך שבסימוכין, ביקשת לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק חופש המידע"), לקבל מידע על אודות בקשות להסרת תכנים שהועברו למחלקת הסייבר ונוגעות לפרסומים נגד שוטרים.

לאחר בירור בקשתך, הריני להשיבך כדלקמן:

בפתח הדברים אבהיר כי כשמדובר בעובדי ציבור, במיוחד אלה שנמנים על מערכות האכיפה השונות ועובדי הרווחה, נמצא כי תופעת הפרסומים הפוגעניים נגדם על רקע מילוי תפקידם היא נרחבת וכוללת לעתים מזומנות פרסומים העולים כדי עבירה פלילית. בתופעה זו מגולם פוטנציאל ממשי של פגיעה ביכולת עובדי הציבור לבצע את עבודתם.

על מנת להגן על עובדים אלה, נדרשים משאבים לא מבוטלים לבחון את אותם פרסומים ולפעול משפטית לצורך הסרתם או הגבלת הגישה אליהם.

בשעתו, הוכרע שהגורם שידאג לתקצוב ומימון משאבים אלה, ככל שמדובר בכוח אדם, יהיה המשרד שבו עובדים אותם עובדי ציבור, שבהם מתקיים פוטנציאל של ממש לפגיעה חמורה וקשה בעקבות אותם פרסומים פוגעניים באינטרנט וברשתות החברתיות השונות.

בראי האמור, אפנה למתן מענה לפי סעיפי פנייתך:



משרד המשפטים הממונה על העמדת מידע לציבור

1. מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה פועלת להסרה או לצמצום חשיפה לתכנים מפרי חוק ברשת האינטרנט, מזה קרוב לארבע שנים. פעילותה של המחלקה בנושא זה נחלקת למספר תחומי עיסוק מרכזיים: פרסומי הסתה לאלימות ולטרור; פרסומים אסורים בעניינם של עובדי ציבור; פרסומים הנוגעים לפגיעות כלפי קטינים ברשת; פרסומים המפרים הוראות איסור פרסום סטטוטוריות וצווי איסור פרסום שיפוטיים. פעילות המחלקה בפרסומים הנוגעים לשוטרים מהווה, מבחינת מספר הבקשות המופנות לחברות האינטרנט, כ-0.0027% מכלל הפעילות בעניין זה.

לצורך פעילות המחלקה להסרה או לצמצום חשיפה לתכנים מפרי חוק ברשת, מוקצים, לצד מנהל המחלקה, שלושה פרקליטים, שבעה סטודנטים ושני בני שירות, העוסקים בנושא זה לצד **טיפולם בתיקים פליליים בתחום עבירות בתחום הסייבר**¹.

2. לעניין מספר התקנים במחלקה הממונים על ידי רשויות ציבוריות, אשיבך כי תקן פרקליט אחד התקבל לפני מספר שנים מהמשטרה ותקן סטודנט אחד התקבל ממשרד הרווחה, כמקור תקציבי בלבד. העובדים גויסו על-ידי הפרקליטות בהתאם לנהלים המקובלים לגיוס עובדים בפרקליטות, כאשר ההנחיות לאותם עובדים ניתנות אך ורק על ידי הגורמים הרלבנטיים בפרקליטות המדינה בהיותם חלק מיחידת הסייבר.

3. כחלטה ניהולית של מנהל המחלקה, אין פרקליט אחד שעוסק בפרסומים פוגעניים כלפי שוטרים, אלא כל צוות הסרת התכנים במחלקה, כמטלה רוחבית, יטפל בפרסומים הנוגעים לפגיעות מקוונות מסוגים שונים כלפי שוטרים. בשל ההכרה ברגישות העניין של הסרת תכנים או צמצום חשיפה אל תכנים פוגעניים כלפי שוטרים, מופעל סינון קפדני, בטרם החלטה על פנייה לחברות האינטרנט בנוגע לתכנים אלה. בתהליך הסינון של כל פנייה בנוגע לשוטרים שותפים מספר עובדים מצוות הסרת התכנים.

4. אשר לבקשתך בעניין נוהל הטיפול בפניות של המשטרה:

¹ ניתן לקרוא עוד על פעילות המחלקה והרכבה בעמוד היחידה באתר משרד המשפטים בלינק:
<https://www.gov.il/he/Departments/General/cyber-about>



משרד המשפטים הממונה על העמדת מידע לציבור

א. ככלל, בעת הפעילות של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה מול ספקיות השירות המקוונות,² המחלקה פועלת על פי העקרונות הבאים:

(1) איזון בין האינטרס הציבורי וזכויות כמו הזכות לשם טוב, הזכות לפרטיות וכבוד האדם לבין זכויות אחרות העומדות על הפרק: חופש הביטוי, הזכות לנגישות למידע וחופש הגלישה ברשת.

(2) בכל הנוגע לעובדי ציבור, ביניהם שוטרים, פועלת מחלקת הסייבר רק במקומות שבהם יש בקשה של עובד הציבור שנפגע, או של גורם ממונה (ועל דעתו של העובד הנפגע).

(3) פעולה תתקיים רק בהתקיים שלושת התנאים המצטברים כדלקמן:
(א) מקרים שבהם בוצע לכאורה מעשה עבירה המנוגד לחוק בישראל.
(ב) כאשר אנו סבורים כי הופרו תנאי השימוש של ספקיות השירות עצמן, אשר מנגישות את הפרסום.

(ג) כאשר יש עניין ציבורי בפעולה. בגדרי שיקול זה אנו בוחנים את תפוצת הפרסום בפועל, קהל היעד, חומרת הפרסום, זמן קיומו של הפרסום ברשת, פוטנציאל המשך ההפצה של הפרסום (פוטנציאל הוויראליות שלו), התגובות לפרסום ועוד.

יצוין כי במקרים בהם מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה סבורה כי אין עילה להסרת תוכן מסוים לגבי שוטר, עדיין ייתכן שהשוטר יבקש לדווח לחברות האינטרנט באמצעות חשבונו הפרטי ברשת החברתית.

ב. להלן הנתונים המספריים בנוגע לטיפול בבקשות להסרת פרסומים נגד שוטרים:

שנה	סך בקשות להסרת תוכן שהתקבלו מהמשרה	מספר הבקשות שפעלנו לגביהן להסרת התוכן	סך בקשות שהתקבלו והתוכן הוסר על פי בקשתנו	סך בקשות שהתקבלו חלקית כך שחלק מהתוכן הוסר	סך בקשות שהגשנו ונדחו
2017	11	2	2		7
2018	30	12	10	2	
2019 ³	39	19	16		3

² יובהר כי מחלקת הסייבר פונה באפיק זה רק לספקיות שירות מקוונות בינלאומיות ולא פונה לספקיות שירות ישראליות.

³ הנתונים הופקו ביום 8/9/19 ונכונים ליום הפקתם. הנתונים מוזנים באופן ידני וייתכנו אי דיוקים הנובעים מאופן ההזנה.



משרד המשפטים הממונה על העמדת מידע לציבור

במקרים בהם זיהתה המחלקה כי אין לפנות להסרת הפרסום עצמו, אולם בתגובות לפרסום ישנן תגובות בגינן ישנה הצדקה לפעול להסרתן (בהתאם לתבחינים שפורטו לעיל) מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה פונה בבקשה להסיר את התגובות הנוגעות לעניין, לפי הפירוט שלהלן:

שנה	מספר התגובות שביקשנו להסיר	סך בקשות שהתקבלו והתגובה הוסרה על פי בקשתנו	סך תגובות שלא הוסרו
2018	41	24	17
2019	35	20	15

אשר לבקשתך לקבל את לשון התכנים המבקרים את המשטרה שהפרקליטות פנתה להסרתם בשנה האחרונה, נציין כי ככלל, מחלקת הסייבר אינה שומרת את הפרסומים הפוגעניים עצמם ומקום בו אלה הוסרו, במרבית המקרים, אין יכולת לשחזרם ולכן מדובר במידע שלא ניתן לאתרו בהתאם לסעיף 3(8) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

5. מצ"ב לעיוןך נוהל פרקליטות המדינה להגשת תביעות דיבה בשמם של שוטרים ו/או עובדים סוציאליים. בהתאם לבקשתך, נציין כי נכון להיום הוגשה תביעה אחת בשם עובדת משרד הרווחה. כמו כן נשלח מכתב התראה בשם שוטר ממשטרת ישראל, התשובות למכתב ההתראה ייתרו את הגשת כתב התביעה.

6. תשומת ליבך כי המענה שלעיל מפורט ומקיף, על אף שחלק משאלותיך אינן תואמות את הגדרתו של "מידע" לפי סעיף 2 לחוק חופש המידע. פניות דומות שאינן לקבלת מידע כתוב, ממוחשב, מוסרט, מוקלט או מצולם יש להפנות לפניות הציבור.

הנני להודיעך כי לפי סעיף 17 לחוק חופש המידע יש בידך לעתור כנגד החלטה זו לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים, בתוך 45 יום.

מיטל כץ, עו"ד

הממונה על העמדת מידע לציבור

משרד המשפטים



20 לינואר 2020
כ"ג טבת תש"פ
ירושלים

לכבוד :

ראש מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, מר חיים ויסמונסקי

באמצעות דוא"ל cyber-unit@justice.gov.il

הנדון : הפרת חובת תיעוד תוכן הביטויים אותם מבקשת מחלקת הסייבר להסיר מאתרי אינטרנט

א. רקע

בתאריך 25 באוגוסט 2019, הגישה הקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר בקשה לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע אודות הטיפול של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: "מחלקת הסייבר") בדברי ביקורת כנגד המשטרה. במענה למכתבנו מתאריך 1 בנובמבר 2019, בו ביקשנו לקבל את תכני הפרסומים הפוגעניים לשיטתכם, השבתם כי מחלקת הסייבר אינה שומרת את הפרסומים הפוגעניים עצמם, ומשאלו הוסרו, במרבית המקרים, אין יכולת לשחזרם ולכן לא ניתן לאתרם. מענה זה אינו סביר משפטית ואינו מסתדר עם ההיגיון הבריא ומכאן פנייתנו זו אליכם, ביחד עם התנועה לחופש המידע שרואה גם היא חשיבות בתיעוד ושמירה של לשון התוכן שהמחלקה מבקשת להסיר. (בקשת המידע והמענה שהתקבל מטעמכם מצורפים לפנייה זו ומסומנים כנספח א' ו-ב').

בקליפת האגוז, מצב הדברים הקיים, העולה מתשובתכם שבו תוכן הביטויים שמחלקת הסייבר מבקשת להסיר אינו מתועד מונעת כל אפשרות לביקורת חיצונית ומעקרת מתוכן את חובות השקיפות החלות עליה בהקשר זה. זאת כמובן בין אם מדובר בבקשות להסרת תוכן מהטעם שמדובר בביקורת לא לגיטימית על שוטרים, ובין מטעמים אחרים. בשל אי התיעוד לא ניתן לדעת האם הפרקליטות פועלת באופן סביר הן בהיבט הפעלת שיקול הדעת, והן בהיבט הפרוצדורלי. כך לדוגמא, לא ניתן לדעת האם מחלקת הסייבר מבקשת הסרת תכנים החוצים את הרף הפלילי בלבד, או שמא, מבקשת גם הסרת תכנים שאינם חוצים רף זה. כמו כן, לא ניתן לדעת אילו טעויות נעשו על ידי הפרקליטות לאורך השנים, לדוגמא טעות בתרגום הפרסום, שהובילו לבקשות הסרת תכנים שהינם לגיטימיים. לאור זאת, לעמדתנו חלה על הפרקליטות חובה משפטית לתעד את תוכן הפרסומים אותם היא מבקשת להסיר. זאת במיוחד בשים לב לכך שבקשות מחלקת הסייבר להסרת תכנים פוגעות בחופש הביטוי ובחופש המידע של ציבור באופן משמעותי, פעולה שהסמכות לעשותה מוטלת בספק. זאת, שכן פגיעה בזכות לחופש הביטוי, מחייבת הסמכה מפורשת בחוק, אך לא הוצגה הסמכה שכזאת.

יובהר כבר כעת, מכתב זה אינו דן בשאלת סמכות המחלקה לפנות בבקשות להסרת תכנים למתווכים באינטרנט, שאלה שהיא כבדת משקל. מכתב זה מתמקד בשקיפות פעילות המחלקה כפי שהיא באה לידי ביטוי מהמענה שקיבלנו לבקשת חופש המידע, והטענות העולות במכתב זה נכונות לכלל הבקשות להסרת תכנים מטעם המחלקה. הכל כפי שיפורט להלן :

ב. חובת התייעוד כחלק מעיקרון השקיפות

חובת התייעוד היא חלק אינהרנטי מעקרון השקיפות, אשר נועד, בין היתר, להבטיח את תקינות פעולתו של המנהל. לפי הפסיקה, גוף המחזיק בסמכויות לפי דין נחשב כשליח הציבור, ומשכך חלות עליו חובות השליח, בין היתר החובה לתת דין וחשבון על מעשיו. כלומר, עליו לגלות לציבור את פעולותיו והנימוקים להן. לפיכך, המנהל חייב בשקיפות פעילותו והחלטותיו, אשר מאפשרת פיקוח ובקרה על התנהלותו הראויה. חובת השקיפות מתרגמת עצמה לבניית מערך כולל של גילוי ותייעוד ואף ציין כי "ללא דיווח וגילוי לא תהא שקיפות, וללא תיעוד עלולה חובת הגילוי להתרוקן מתוכן של ממש" (וראו דברי השופט חשין בבג"צ 3751/03 **אילן נ' עיריית תל אביב-יפו**).

בהקשר זה, הפסיקה הכירה בכך ש"היקפה של חובת התייעוד ותוצאותיו של היעדר תיעוד עשויות להשתנות ממקרה למקרה על פי נסיבותיו ובהתחשב, בין היתר, במהותו ובמאפייניו הספציפיים של הגוף המנהלי הנוגע בדבר" (וראו עע"מ 2418/05 **מילגרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה**). אולם מצב דברים בו אין כל תיעוד אינו עומד ברף המשפטי הנדרש.

נוסף לכך, הפסיקה התייחסה לשאלת סבירות חובת פעולת התייעוד. בתביעה כנגד משטרת ישראל, המשטרה טענה כי היא פועלת תחת לחץ רב וקצב אירועים גבוה אשר לא מאפשר תיעוד מושלם. בית המשפט הכריע כי "אמנם לא ניתן לצפות לתיעוד מושלם, אך בוודאי ניתן לצפות לתיעוד סביר בנסיבות העניין [...] הנתבעת אינה יכולה להימנע מלספק הסבר לאירוע מסוים בטענה שלא היה ניתן לתעד את אותו אירוע ולו בדיעבד" (וראו ת"א 6637-09-14 **גליק נ' מדינת ישראל - משטרת ישראל**).

ג. היקף חובת התייעוד של התוכן שמחלקת הסייבר מבקשת להסיר

ידוע לנו כי מחלקת הסייבר מפרסמת דוחות שנתיים, ואנו כמובן מברכים על כך. לפי דו"ח סיכום שנת 2016 של מחלקת הסייבר, בקשות המחלקה להסרת תכנים הנן חלק מגישה כוללת של מעבר ל"אכיפה אלטרנטיבית". מטרת אכיפה זו היא לפעול לצמצום הנזק בדרך של טיפול בפרסום ולא במפרסם, מקום שהטיפול הפלילי הקלאסי, כדוגמת הגשת כתב אישום, אינו אפשרי. כלומר, מחלקת הסייבר, הפועלת מטעם המדינה, נוקטת במגוון פעולות שנועדו להחליף את ההליך הפלילי.

ככל שהיה נפתח הליך פלילי כנגד המפרסם, כפי שהיה נהוג בכל הנוגע לעבירות פליליות המגבילות חופש ביטוי, הוא היה מתנהל ככל הליך משפטי. הליך כזה היה מתנהל בפומבי, רק במקרים בהם לעמדת המדינה הביטוי מהווה עבירה פלילית, בפני גורם שיפוטי אשר בוחן את עמדת המדינה, ובסופו של דבר מכריע ומפרסם פסק דינו היה מנומק הידוע לכל. הליך משפטי כזה, על כל מאפייניו מאפשר את מימוש השקיפות וקיום ביקורת ודיון ציבורי על פעילות הפרקליטות בכל הנוגע לביטויים במרחב הסייבר, ועל מידת המעורבות של המדינה בשיח במרחב הסייבר.

הבחירה לפעול באכיפה אלטרנטיבית ולהימנע מהליך משפטי כפי שהיה מקובל עד כה, הגם שניתן להצדיקה בהיבטים מסוימים, טומנת בחובה סכנה לשקיפות המתאפשרת מקיום הליך משפטי ואינה מאפשרת ביקורת חיצונית על הפעלת שיקול דעת זה. על כן, לטענתנו, התייעוד, המביא לידי ביטוי את יסוד הפומביות

והשקיפות, מהווה חלק מהותי מהליך מנהלי תקין בהקשר זה. זאת ודאי ככל שגישת ה"אכיפה האלטרנטיבית" היא אפיק הפעולה העיקרי של הפרקליטות בכל הנוגע לעבירות ביטוי במרחב הסייבר. מעבר לכך, דומה כי תיעוד המידע נחוץ אף עבור מחלקת הסייבר עצמה, על מנת שתוכל לערוך ביקורת עצמית על אופן פעילותה, השונויות בין הפרקליטים העובדים בה, ועל שינויי מדיניות החלים בה עם חלוף הזמן.

היעדר תיעוד והפגיעה בזכות לחופש הביטוי, חופש המידע ולהליך הוגן

כאמור, בקשות מחלקת הסייבר להסרת פרסומים עוסקות הלכה למעשה בהיקף הזכות לחופש הביטוי, שהנה זכות במעמד חוקתי על-חוקי, והפגיעה בה מקרינה על חוקתיות ההליך כולו. היעדר התיעוד מונע בחינה של סבירות החלטות מחלקת הסייבר בבואה להסיר פרסומים אינטרנטיים. כלומר, המצב הנוכחי לא מאפשר למשתמשי הרשת לבוא בדיון ודברים למול הרשות, ולפיכך מציב סכנה לצנזורה רחבה אשר תפגע באופן משמעותי בזכות לחופש הביטוי ובהליך ההוגן. סכנה זו מחריפה לנוכח העובדה שלמיטב ידיעתנו הפעולות נעשות ללא הודעה לאדם אשר פרסומו נמחק, וללא גוף חיצוני ניטרלי המבקר את פעולות המחלקה.

אמנם בתשובתכם, ציינתם אף כי "מופעל סינון קפדני" בכל הנוגע לבקשות הסרת התוכן. לעמדתנו, סינון מעין זה, וכאמור אין אנו מתייחסים במכתב זה לשאלת הסמכות לערוך אותו, מחייב שיהיה לכל הפחות נוהל עבודה פנימי או פרוטוקול, אשר לפיו מחליטים האם תוכן מסוים הינו פוגעני או לא, ובהתאם פונים לפלטפורמה האינטרנטית להסרתו. ההחלטה להסיר תוכן מסוים כוללת הליך של איזון, שבסופו הזכות להגן על זכויותיו של השוטר או ההגנה על אינטרס ציבורי גוברת על הזכות לחופש הביטוי של המפרסם. משלא פורסם ההליך המפרט את הבניית שיקול הדעת של מחלקת הסייבר בבואה לבקש להסיר פרסום מסוים, ולא נותר תיעוד אודות תוכן הפרסום, כיצד יכול המפרסם לממש את זכותו להליך הוגן ולחופש הביטוי אל מול בקשות הסרת תכנים? אף הזכות של הציבור להיחשף למידע שפורסם נפגעת, וללא תיעוד, לא ניתן מענה לאינטרס הציבורי לפקח על פעילותה של מחלקת הסייבר. נוסף כי תיעוד התוכן שמחלקת הסייבר מבקשת להסיר עשוי לעזור לציבור לבחון את צעדיו ולהתנהג בהתאם למקובל, שעה שהוא מתבטא ברשת. בכך, התיעוד יכול לתרום במיגור תופעת הפרסומים הפוגעניים.

עוד יצוין כי פרסום נהלי העבודה שיפורסמו לציבור כשלעצמם יגיבירו את השקיפות של מחלקת הסייבר, ויאפשרו לאדם שתוכן הביטוי שלו נמחק לבחון את סבירות ההחלטה ביתר קלות. אולם אין הם מייתרים את הצורך בתיעוד התוכן הגולמי שמתבקש להסיר.

החובה לשאת בנטל הנדרש על מנת להשלים את התיעוד

בתשובתכם למכתבנו, ציינתם כי במרבית המקרים אין יכולת לשחזר פרסומים שהוסרו. להבנתנו מצב זה, נוצר עקב היעדר תיעוד לכתחילה, וכי תיעוד המידע לכתחילה ייתר את הצורך לשחזר את הפרסומים שהוסרו על מנת להגשים את זכות העיון הציבורית. נציין כי בפסיקה הדנה בסעיף 18(1) לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 (להלן – חוק חופש המידע), שעניינו הקצאת משאבים בלתי סבירה לצורך אספקת מידע, בית המשפט הכיר בחשיבות העמדת מידע לעיון הציבור. כך, "בית המשפט לא מוכן לקבל טיעון לפיו בעיות של מוגבלות טכנולוגית מונעות תצוגה של רישום מסוים ובכך מונעות מן הציבור את אותו מידע". הפסיקה מציינת כי המדינה פועלת ללא לאות להנגשת מרשמים ציבוריים שמטרתם לשפר את יכולתו של הציבור

לפעול ולכלכל את צעדיו, ולפיכך יש למצוא פתרון לקושי הלוגיסטי ברישום או בתיעוד. בית המשפט מדגיש כי פתרון זה אינו יכול להיות הימנעות מרישום בעל ערך מהותי לציבור (וראו בע"ק (ת"א) 3383-02-12 גרונדשטיין נ' מדינת ישראל רשם החברות).

יתרה מכך, הרי המידע המדובר מצוי ברשת ולכן סביר כי מחלקת הסייבר לא תצטרך להעמיד משאבים רבים לשם תיעודו. לפיכך, ניתן להקיש כי זכות העיון הציבורית עולה על הקושי המנהלי לתעד ולשמר את המידע.

בהקשר ישיר, נזכיר כי הפסיקה הכירה בכך שמימוש זכות העיון הציבורית כרוך בעלויות מסוימות. לפיכך, שיקולי נוחות מנהלית לא יכולים להצדיק את דחיית הבקשה למידע שהוגשה כחלק מזכות העיון הציבורית. בנוסף, בית המשפט מכיר בכך ש"מהפכת המחשוב תביא את הרשויות לאחסון מידע גם בצורה שלילפה ונגישה, באופן שיטתי, העשוי אף להקטין את הצורך בהקצאת משאבים בעתיד. אכן, ראוי כי הרשות המנהלית תעשה כן תוך שימוש בטכנולוגיות מחשוב לאחסון מידע כך שניתן יהיה לאתרו בקלות ולהעמידו לעיון הציבורי". כלומר, ניכר כי קיימת ציפייה מצד בית המשפט שרשויות מנהליות יעשו שימוש בטכנולוגיה העומדת לרשותם בכדי להנגיש את המידע לציבור. טיעון זה אף מתחזק לאור העובדה שהמידע הרלוונטי לסוגיה הנדונה מצוי ברשת, דבר המקל על תיעודו. לפיכך, כאמור, שימור לכתחילה של תכני הפרסומים הפוגעניים מהווה צעד הכרחי שיש בכוחו להגשים את זכות העיון הציבורית (וראו ע"מ 2398/08 מדינת ישראל- משרד המשפטים נ' סגל). עוד ראו עת"מ (מינהליים י-ם) 900/07 קרן דולב לצדק רפואי נ' נציבת הקבילות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי (2.11.2008), בה נקבע כי היכן שעבודתה התקנה של הרשות הציבורית מחייבת את קיום המידע במתכונת המבוקשת בבקשת חופש מידע, והמידע אמור באופן סביר להימצא בידיה, לא ניתן לפטור את הרשות מלהתיר את העיון במידע בטענה שהמידע איננו מצוי אצלה במתכונת המבוקשת או שהדבר מצריך משאבים בלתי סבירים.

נזכיר כי בית המשפט רואה ערך בעיבוד המידע, אף אם הדבר דורש השקעת משאבים משמעותית, במידה והמידע המבוקש יכול להיות רלוונטי לבקשות דומות למידע בעתיד (וראו ע"מ 2398/08 מדינת ישראל- משרד המשפטים נ' סגל). ככל הידוע לנו, עד כה פנו מספר גופים למחלקת הסייבר בכדי לקבל מידע על תוכן הפרסומים הפוגעניים, אך כולם נענו בשלילה. לטענתנו, תיעוד המידע רלוונטי לבקשות שהגיעו עד כה למחלקה ושיגיעו בעתיד, ולפיכך מוצדק להקצות משאבים לשם כך.

היקף פעולת התיעוד

לאור הפסיקה בנושא כפי שהוצגה לעיל, על אף בקשות הסרת התכנים הרבות, דומה כי ניתן במאמץ קטן במקביל לשליחת התוכן המבוקש להסרה למתווכי התוכן באינטרנט, לתעד באופן אוטומטי את התוכן שהמדינה מבקשת להסירו גם בידי הרשות עצמה. אם כן, אי התיעוד בעינינו מהווה פעולה שהינה מחוץ למתחם הסבירות. בהקשר זה, יצוין כי נוהל המשטרה העוסק ב"טיפול בפרסום פוגעני נגד שוטרים ברשת" כולל פורמט בקשה להסרת תוכן פוגעני מהרשת. כחלק מהפורמט, שוטר שמרגיש פגוע מפרסום מסוים נדרש לתאר בתמצית את הפרסום הפוגעני, להסביר מדוע הוא נחשב כפוגעני ואף לצרף צילומי מסך של הפרסום. על פי הנוהל, פורמט הבקשה יועבר למחלקת הסייבר במשרד המשפטים לאחר אישור ראש תחום אלימות

נגד שוטרים ברשת. בהיתן שהמשטרה ומחלקת הסייבר פועלות לפי נוהל זה, המידע אמור להימצא ברשות האחרונה ממילא, עובדה המקלה אף היא את פעולת התייעוד.

דוחות השקיפות שמפרסמת מחלקת הסייבר ובהם פירוט פעולותיה

לשון סעיף 5 לחוק חופש המידע קובע כי רשות ציבורית צריכה לפרסם דו"ח שנתי, ובו פירוט על פעילותה והסבר על תפקידיה וסמכויותיה. אמנם, מחלקת הסייבר משקפת את פעולותיה בדו"חות וזהו מהלך חיוני וחיוני. אולם, לטענתנו, פרשנות סבירה של הסעיף מעלה כי לשונו כוללת בתוכה חובה משתמעת לפרסם פירוט של תוכן הפרסומים שהמחלקה מבקשת להסיר, לפחות דוגמאות לתוכן כזה, וכמובן מבלי לפגוע בזכויות צדדים אחרים, כגון הזכות לפרטיות. מידע כזה לא מופיע בדו"חות. הדו"חות המפורסמים כוללים נתונים מספריים, אשר מצביעים על מגמה הולכת וגדלה של פעילות מחלקת הסייבר, אך אינם מאפשרים לבחון את פעולות המחלקה כראוי. לדוגמא, נתונים אלו אינם מספקים מידע באשר לשיקוליה של מחלקת הסייבר בבחינת השאלה האם לבקש להסיר פרסום מסוים, ולמאפיינים נוספים של ההליך. מהדוחות אף לא ניתן להסיק האם הפרקליטות מבקשת הסרת תוכן אשר לעמדתה חוצה את הרף הפלילי, או לא בהכרח. בנוסף דוחות אלה אינם מאפשרים בחינה ציבורית של השיקולים של מתווכי התוכן בעת קבלת החלטה בבקשת הפרקליטות. לאור העובדה שמדובר בתופעה רחבה, אשר כמשתקף מהדוחות שהמחלקה מפרסמת אף ההולכת וגדלה, חובת השקיפות והתייעוד החלה על המחלקה הינה מוגברת. זאת, בכדי שניתן יהיה לבחון את פעולתה בצורה אפקטיבית, על כן ראוי כי דוגמאות שכאלה יכללו בדוחות השקיפות הקיימים.

ד. סיכום

לאור כל האמור לעיל, לעמדתנו על המחלקה כמה חובה משפטית לתעד את התכנים שהיא מבקשת להסיר. על כן, נבקש מכם לתעד את כלל התכנים הללו מעתה והילך, על מנת שלכל הפחות בבקשות חופש מידע עתידיות שיוגשו, על ידנו או על ידי ארגונים אחרים, ניתן יהיה לבחון את הבקשות לאור הוראות חוק חופש המידע, ולמסור את המידע שניתן לפי הדין. הכל בכדי לשמור על הזכות להליך הוגן, על חופש הביטוי ועל חובת השקיפות המוטלת עליכם כגוף ציבורי.

בברכה,

עו"ד דנה יפה

** הפניה נכתבה בסיוע הסטודנטיות חן אסף וטל אייל מהקליניקה לזכויות אדם במרכז הסייבר באוניברסיטה העברית.

העתק

היועץ המשפטי לממשלה

פרקליט המדינה