



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7846/19

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט א' שטיין

העותרים:

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

המשיבים:

1. פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר
2. היועץ המשפטי לממשלה

המבקשות להצטרף:

1. לורי שם טוב
2. התנועה לחופש המידע

עתירה למתן צו על-תנאי מתאריך 26.11.2019; בקשת הצטרפות של המבקשת 1 מתאריך 27.11.2019; בקשת הצטרפות של המבקשת 2 מתאריך 20.05.2020; תגובה מקדמית מטעם המשיבים מתאריך 29.07.2020; השלמת טיעון מטעם המשיבים מתאריך 04.01.2021; תגובת העותרים להשלמת הטיעון הנ"ל מתאריך 25.01.2021

תאריך הישיבה:

י"ג באב התש"ף (03.08.2020)

בשם העותרים:

עו"ד רביע אגבריה; עו"ד חסן ג'בארין

בשם המשיבים:

עו"ד עמרי אפשטיין; עו"ד שי כהן

בשם המבקשת להצטרף 1:

אין התייצבות

בשם המבקשת להצטרף 2:

עו"ד דנה יפה; עו"ד ורדית דמרי מדר

פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. עניינה של העתירה שלפנינו הוא בחוקיות של פעילות שמקימת יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: מחלקת הסייבר, או המחלקה) אל מול מפעילי רשתות מקוונות, ספקיות תוכן ופלטפורמות מרשתת אחרות (להלן: מפעילי הפלטפורמות המקוונות, או המפעילים) במסגרתה עומדת המחלקה עימם בקשר, במטרה למנוע פרסומים שיש בהם משום הפרה של הוראות הדין הפלילי החל בישראל.

2. במסגרת העתירה התבקש צו על-תנאי המופנה למשיבים ומורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא תחדל מחלקת הסייבר לאלתר מלפנות למפעילים בבקשות "וולונטריות" להסרה של תכנים מהרשת.

עתה אביא נתונים הנדרשים להכרעה במכלול.

רקע ותמצית של העובדות הרלבנטיות

3. בחודש ספטמבר 2015 הוקמה במשרד המשפטים (במסגרת פרקליטות המדינה) יחידה לאכיפה במימד הסייבר. הקמתה "נבעה מהצורך בריכוז מאמץ בהתמודדות עם הפשיעה והטרור במרחב הסייבר, לאתר שזוהתה מגמה של עלייה חדה בפשיעת הסייבר" (מתוך דו"ח סיכום 2015-2016 של פרקליטות המדינה – נספח ע' 1 לעתירה; להלן: דו"ח הסיכום 2015). המטלות שהוצבו בפני היחידה, שהפכה למחלקה, כפי שעולה מהתגובה המקדמית שהוגשה מטעם המשיבים הנזכרת בכותרת, התמקדו בפעילות שנועדה לצמצם את הנזקים ואת הסיכונים הנגרמים כתוצאה מעבירות המתבצעות במרחב המקוון, וזאת בשני מסלולי אכיפה נפרדים, שיתוארו להלן.

מסלול האכיפה הסטטוטורי

4. מסלול האכיפה הראשון, שאיננו ניצב במרכז העתירה שבפנינו, נוגע להליכים שמנהלת מחלקת הסייבר מכוח חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017 (להלן: חוק סמכויות מניעת עבירות, או החוק), אשר תכליתו למנוע ביצוע עבירות מסוימות, או חשיפה של גולשים לעבירות מסוימות הנעשות באמצעות אתרי אינטרנט, זאת באמצעות צווים שיפוטיים (לעיל ולהלן: מסלול האכיפה

הסטטוטורי). פעילות מחלקת הסייבר המבוצעת מכוח החוק, תואמת את ההשקפה הקלאסית של אכיפה פלילית, במסגרתה תובע, כמשמעו בחוק (שהוא אחד מהפרקליטים במחלקה, אשר בהתאם לסעיף 1 לחוק סמכויות מניעת עבירות, היועץ המשפטי לממשלה הסמיכו לכך) – פונה לשופט של בית משפט מחוזי (שנשיא בית המשפט המחוזי הסמיכו לכך) בבקשה למתן צו המורה לספקיות גישה, איתור ואחסון של תכנים ברשת האינטרנט, להסיר או להגביל גישה לתכנים המופיעים באתרי אינטרנט שונים, וזאת בגדר הסמכות הקבועה לכך בחוק סמכויות מניעת עבירות (ראו: סעיפים 2-4 לחוק). סמכות זו מיוחדת לשורה של עבירות פליליות הנעשות ברשת, כגון: ארגון או עריכת משחק אסור, הגרלה או הימור (סעיף 225 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)), פרסום תכנים פדופיליים (סעיף 214(ב) לחוק העונשין), פרסום שירותי זנות (מכוח סעיפים 202, 205א, 205ג(א), 205ד לחוק העונשין); עבירות סחר בסמים (סעיפים 13-14 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973; עבירה לפי סעיף 7 לחוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים, התשע"ג-2013), וכן פעילות אינטרנטית של ארגון טרור (בהתאם לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016).

צווי ההגבלה מותנים על פי החוק בסייגים שונים, לרבות קביעה כי הגבלת גישה – לא תינתן, אם יש באופן ביצוע הצו משום האזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, אשר הוראותיו מותלות על העניין.

5. לצד האמור לעיל, קיימות הוראות חוק נוספות המקנות סמכות לבית המשפט להורות על הסרתו של פרסום, או על הגבלת הפצתו של מידע מסוים – הוראות שאינן מוסדרות דווקא בחוק סמכויות מניעת עבירות (למשל: איסור פרסום שמו של מתלונן בעבירות מין (סעיף 352 לחוק העונשין), או פרסום המנוגד להוראות סעיף 34 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (האוסר על פרסום זהותם של גורמים שונים הקשורים בהליך האימוץ)). לגבי הוראות חוק אלו, מחלקת הסייבר ציינה בתגובה המקדמית מטעמה כי היא נוהגת רק "לדווח" (למפעילים) על כך שהתוכן המפר איננו עומד במגבלות האיסור הקבוע בהוראות החוק הרלבנטי, או בצו השיפוטי שהוצא מכוחו.

6. המשיבים הדגישו בתגובתם המקדמית כי מסלול האכיפה הסטטוטורי אינו ממצה, שכן אין בנמצא כיום מסלול אכיפה כופה המאפשר למחלקת הסייבר לפעול ברחבי המרשתת (בכפוף למתן צו מאת בית המשפט) – להסרת פרסומים נוספים העולים כדי עבירות פליליות אחרות, ובכלל זה: תוכן המסית לאלימות, לטרור, לגזענות, או תכנים העולים כדי הטרדה מינית ואיומים. בהקשר זה יש להזכיר כי בעבר המשיבים ואחרים ביקשו לקדם חקיקה, אשר היתה מקנה לבתי המשפט סמכויות רחבות יותר להסרת תכנים

פוגעניים המתפרסמים ברשת, אולם יוזמות חקיקה אלה לא הבשילו מסיבות שונות לכדי דבר חקיקה (ראו: הצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן), התשע"ח-2018; וכן: הצעת חוק להסרת תוכן שפרסומו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז-2016)).

אילוף זה, וסיבות אחרות שיפורטו להלן, הביאו לגיבושו של מסלול אכיפה נוסף – וולונטרי, והוא הניצב במוקדה של העתירה שלפנינו.

מסלול האכיפה הוולונטרי

7. היעדרן של הוראות חוק כלליות ומפורשות המעניקות סמכות בידי גורם שיפוטי להורות על הסרת פרסום, העולה, לכאורה, כדי עבירה פלילית (וזאת מעבר לחוק, שנחקק גם הוא רק בתאריך 26.07.2017), הביאו את פרקליטות המדינה לגיבוש תפיסה אחרת ונוספת לאכיפה הפלילית, המתמקדת בעבירה ולא במבצעה. במסגרת זו היא מרכזת את פעילותה, אל מול מפעילי הפלטפורמות המקוונות, פעילות שהיא במוקד העתירה. הצירוף: "פלטפורמות מקוונות", הוא שם קוד לשורה של גופים אזרחיים, ברובם תאגידים רב-לאומיים רבי עוצמה, המפעילים סוגים שונים של מסגרות לפעילות רשתית, ואלה כוללים:

א. רשתות חברתיות מקוונות המאפשרות למשתמשים לתקשר ולהיחשף למשתמשים אחרים, ובכלל זה גם לשתף מידע, עמדות ודעות (פייסבוק כדוגמא).

ב. מנועי חיפוש מקוונים המאפשרים לחפש ולאחזר מידע הנמצא ברשת האינטרנט (גוגל כדוגמא).

ג. ספקיות שירותי אירוח לבנייה ולאחסון של אתרי אינטרנט שונים.
(כך על-פי נוהל עבודה שצורף לתגובה המקדמית מטעם המשיבים, שכותרתו: "טיפול בתכנים בלתי חוקיים שפורסמו במרחב המקוון" (להלן: נוהל העבודה)).

8. דומה כי אין צורך להרחיב בדיבור על מרכזיותן של הפלטפורמות המקוונות הנ"ל, אשר בעידן הדיגיטלי שבו אנו מצויים כיום, הן מוקד להעברת מידע ולהחלפת דעות, וכן מפעילות את המרחב שבו מתבצע השיח האמור. בהיעדר חקיקה מסדירה בנדון, בידיהן אף הכוח לפעול להגדיר את גבולות השיח, ולקבוע, בין השאר, את כללי המותר והאסור בכל הנוגע להתבטאויות ולשיתוף תכנים ברשת. בהתאם לכך, כל מפעיל פלטפורמה כזה

קובע את תנאי השימוש, או השירות ואת "כללי הקהילה" החלים והמחייבים את אלה המבקשים להשתמש ברשת החברתית, או במנוע החיפוש שהוא מפעיל.
(עיינו, מאמרו של פרופ' Balkin: *Free Speech Is a Triangle*, Jack M. Balkin, 118 COLUM. L. REV. 2011 (2018); להלן: *Balkin, Triangle*).

במסגרת התגובה המקדמית, המשיבים הציגו כללים מעין אלה, שהובאו לידיעתם, האוסרים על פרסום של תכנים המכילים הצהרות של כוונות לנהוג באלימות, או תמיכה בארגוני טרור, וכן דברי הסתה ושנאה, או מידע, אשר עלול לפגוע בפרטיותם של אחרים. עוד עולה מהחומר שהוצג לנו, כי מפעילים שונים אף קבעו, בין "כללי הקהילה" שלהם, איסור כללי על ביצוע פעולות המנוגדות להוראות הדין המקומי. המשותף לכל תנאי השימוש הנ"ל (ולכל הפחות – לכל המפעילים, אשר "כללי הקהילה" שלהם הומצאו לנו), הוא בכך שאפשרות הדיווח על כך שפרסום כלשהו הפר את כלליה של הפלטפורמה, נתונה לכל משתמש בפלטפורמה המקוונת, או למי שנחשף אל הפרסום (ויהא זה אדם, תאגיד או רשות שלטונית), וכי ההחלטה כיצד לפעול לאחר שנודע למפעיל הפלטפורמה המקוונת על פרסום הנחזה להיות פוגעני כאמור – מצויה, לכאורה, בתחום שיקול דעתו הבלעדי של מפעיל הפלטפורמה.

כך, למשל, כפי שהמשיבים מציגים זאת בתגובה המקדמית מטעמם, תנאי השירות של הרשת החברתית פייסבוק (Facebook) קובעים, כי משתמש איננו רשאי לעשות שימוש במתקני הקצה של הרשת – כל עוד הנ"ל: "לא חוקי, מטעה או שיש בו הונאה". בידי החברה האמורה ניתנה אף הסמכות "לבטל או להגביל גישה לתוכן המהווה הפרה של תנאים אלו". בנוסף, במסגרת "כללי הקהילה" של אותה חברה-מפעילה, נקבעו הגבלות שונות בנוגע לתוכן המפורסם בפייסבוק וביחס לפעילות הנעשית בפלטפורמה זו, ובין היתר נכללים שם גם הוראות לגבי פרסומים שאין להתירם. כך, למשל, נקבע שם כי אין לפרסם איומים העלולים להוביל לאלימות בחומרה גבוהה, או הצהרות על כוונות לביצוע פעולות אלימות.

הכללים הנ"ל יוצרים לרוב מנגנון של: "הודעה והסרה", *Notice and Take Down* (עיינו גם: תב"כ 8/21 עו"ד שחר בן-מאיר נ' הליכוד בפיסקה 86 (27.02.2019); והשוו: תב"כ 27/21 סיעת ישראל ביתנו נ' שמיר מערכות ומפעלים בע"מ, בפיסקאות 28-29 (26.03.2019)). מכוחו של מנגנון זה, אם למפעילי הפלטפורמה המקוונת מגיעה הודעת דיווח על הפרה נטענת – הם מחליטים אם להשאיר את הפרסום, או להסירו. על "החלטת הורדה" ניתן לאחרונה להשיג, למצער בפלטפורמת פייסבוק, בפני מעין "ועדת ערר", שבסמכותה להכריע באופן מחייב בתלונות שנוגעות לתכנים שהוחלט להסירם מאותה פלטפורמה. בתחילת שנת 2021, פורסמו מטעם הוועדה המנהלת את ועדות הערר

האמורות הכללים והפרוצדורות המסדירים את ה"עררים" הללו (ראו: OVERSIGHT BOARD BYLAWS (2021); ועיינו: Evelyn Douek, "What Kind of Oversight Board Have You Given Us?", U. CHI. L. REV. ONLINE 1 (2020).

9. מחלקת הסייבר פועלת איפוא באפיק הנ"ל של "מנגנון ההודעה וההסרה". בהקשר לעניין שלפנינו, הדבר מתבצע בדרך שהיא מוסכמת בין המחלקה לבין מפעילי הפלטפורמה המקוונת הרלבנטית, ולפיה כאשר מובא לידיעת המחלקה מידע על פרסום הנוגד לכאורה את הוראות הדין הפלילי בישראל (בין זה הכלול בחוק סמכויות מניעת עבירות, בין זה שאיננו כלול בחוק זה) – עובדי המחלקה מפנים את תשומת לב מפעילי הפלטפורמות המקוונות, באמצעות מנגנון מובנה לדיווח על פרסומים פוגעניים, לכך שלכאורה מתבצעת עבירה פלילית על התשתית שאותה הם מפעילים. מפעילי הפלטפורמות המקוונות בתורם, מטפלים בפנייה, ומחליטים, תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי, כיצד לנהוג ומה לעשות בדיווח שהועבר אליהם כאמור – אם להגביל את הגישה לאותו פרסום, להסירו, לחסום את המשתמש שהפר את "כללי הקהילה" שלהם בהקשר לפרסום, או שלא לעשות דבר. לעתים, כך עולה מדו"ח הסיכום 2015, הדיווח מביא לכך שמפעילי הפלטפורמות המקוונות מורים על השעיה, או על הרחקה של המשתמש שפרסם את הביטוי האסור, נושא הדיווח.

10. העתירה שלפנינו עוסקת בדבר ייזומן של הפניות האמורות, הנעשות על-ידי מחלקת הסייבר – אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות בנוגע לעבירות נטענות מהסוגים הנ"ל המבוצעות במרשתת. כפי שצוין בתגובה המקדמית מטעם המשיבים ומפורט בנוהל העבודה המסדיר את פעילותה – מחלקת הסייבר מקבלת מעת לעת פניות שונות הנוגעות לפרסומים שהופצו ברשת האינטרנט מגורמי ממשל שונים (עיקר הפניות מתקבלות מגורמי הביטחון). עם קבלת הפנייה, מבוצעת, כפי שמורה נוהל העבודה, בחינה ראשונית בדבר קיומה הלכאורי של עבירה בפרסום, והגורם הבוחן מעביר את המלצתו להמשך טיפול, ואז העניין נבדק שוב על-ידי פרקליט ממונה במחלקה. במקרים מתאימים, כך קובע נוהל העבודה, מועברת ההחלטה בפנייה – לאישורו האישי של מנהל המחלקה, וזאת כאשר מדובר בפנייה הנוגעת לפרסום על אודות עובדי ציבור בכירים, לרבות עובדי משרד המשפטים או שופטים, או שיש ספקות לגבי חוקיות הפרסום, או שהפרסום מעורר שאלה מהותית אחרת כלשהי. לצד האמור, כאשר מדובר בנושא המצוי בתחום אחריות מחלקת התפקידים המיוחדים בפרקליטות המדינה ומתעוררת שאלה פרשנית – מחלקת הסייבר עורכת התייעצות עמה. נוסף לאמור, נדרש אישורו המוקדם של פרקליט המדינה בנושאים הבאים: נקיטת פעולה הנוגעת לפרסום לגבי נבחר ציבור; פניות לגבי תוכן המתייחס או

מופנה למשרתי ציבור בכירים במיוחד, או כאשר מדובר במקרים תקדימיים, או כאלה שיש בהם הרחבה של פעילות מחלקת הסייבר.

מנגנון אכיפה זה מכונה לעיל ולהלן: מנגנון האכיפה הוולונטרי, והוא בא בנוסף למנגנון האכיפה הסטטוטורי ובדרך כלל (במקרים המתאימים הקבועים בחוק) מקדים ומייתר אותו, ככל שהוא משיג תוצאות.

11. בהתאם לנוהל העבודה – מחלקת הסייבר נוהגת לבחון פנייה אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות רק בעת שמתקיימים שלושה תנאים מצטברים:

א. התוכן מהווה לכאורה עבירה לפי הדין הישראלי;

ב. התוכן מפר את תנאי השימוש של הפלטפורמות המקוונות וקיימים שיקולים נוספים המצדיקים דיווח או פנייה אל הפלטפורמות המקוונות, כגון: תפוצת הפרסום בפועל, חומרת הפרסום, מועד הפרסום, פוטנציאל "ויראליות" הפרסום, או האופן שבו עלול הפרסום להתפרש על-ידי מקבלי הפרסום.

ג. מלאכת האיזון שאותה מבצעת מחלקת הסייבר בין ערכי חופש הביטוי והנגישות למידע ברשת, אל מול ערכי הזכות החוקתית לפרטיות, לכבודו ולשמו הטוב של נמען הפרסום וכן האינטרס הציבורי – מצדיקה את הוצאת הדיווח, כדי שמפעילי הפלטפורמה המקוונות ישקלו אם להסיר את הפרסום, על פני השארתו ברשת.

12. כאן המקום לציין כי, כפי שעולה מטענות הצדדים לפנינו – לא ניתן עד כה פומבי להוראות נוהל העבודה (אשר חלקים ממנו עוסקים אף בפעילויות האכיפה המבוצעות לפי חוק סמכויות מניעת עבירות). לפיכך הנני רואה לנכון להעיר כבר בשלב זה כי ראוי לדעתי שפרטי נוהל העבודה יראו אור כפי שמפורסמות, למשל, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (למעט אותם חלקים בנוהל הנוגעים לביטחון המדינה, או למגעים שהמחלקה מקיימת עם הגופים הביטחוניים). עיינו: דלית קן-דרור פלדמן וניבה אלקין קורן "שקיפות פעולות המדינה בסביבה הדיגיטלית: אכיפה 'אלטרנטיבית' של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת" המשפט כ"ה 25, 42-43 (התש"ף) (להלן: קן-דרור פלדמן ואלקין קורן).

13. בתגובה המקדמית מטעם המשיבים נמסר כי פעולות מחלקת הסייבר במסגרת מנגנון האכיפה הוולונטרי, מתרכזות בעיקר בדיווחים ובפניות לגבי פרסומים ביחס לפעילותם של ארגוני טרור וכן בדבר הסתה לאלימות ולטרור (על-פי האמור, מדובר בכ-99% מהדיווחים שהועברו בשנת 2018 אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות). הדיווחים למפעילי הפלטפורמות המקוונות ביחס לתכנים מהסוגים הנ"ל, מציינים כי פרסומים מסוג זה, הרואים אור באותן פלטפורמות, עולים לכאורה כדי עבירות של הסתה לאלימות ולטרור, גילוי הזדהות עם ארגון טרור וכיוצא באלה עבירות, וכן נראים גם כמפרים את "תנאי הקהילה" של הפלטפורמה. עוד מציינים המשיבים, בתגובה המקדמית מטעמם, כי לנוכח תובנה שהתגבשה בקרב גורמי הביטחון, הרי שחלק משמעותי מפעולות הטרור שבוצעו במהלך "אינתיפאדת הסכינים" החל מאוקטובר 2015, הושפעו מצריכה הולכת וגוברת של תכני הסתה לאלימות ולטרור בפלטפורמות החברתיות. מכאן התעורר הצורך לפעול לצמצום החשיפה לאותם פרסומים בפלטפורמות המקוונות, באמצעות העברת דיווחים למפעילי הפלטפורמות המקוונות, שהגיעו לכאורה לכדי עבירות פליליות, ואף חרגו מתנאי השימוש של פלטפורמות אלו.

14. נוסף לכך, הובהר כי המחלקה פועלת גם כתחום הפגיעה בקטינים, תוך שיתוף פעולה עם המטה הלאומי להגנה על ילדים ברשת, כאשר היא מדווחת למפעילי הפלטפורמות המקוונות על תופעות של אלימות ופגיעה במרשתת נגד ילדים ונוער (העולות לכאורה לכדי עבירות מסוג איומים, הטרדה מינית ופגיעה בפרטיות). לפי הנמסר, מחלקת הסייבר אף מעבירה דיווחים בעניין תמונות וסרטונים מיניים, המהווים לכאורה עבירות על החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

15. תחום נוסף שבו פועלת מחלקת הסייבר הוא במניעה ובהגבלה של פרסומים פוגעניים, שיש בהם לכאורה עבירות של איומים, של פגיעה בפרטיות, או של הטרדה כלפי "סוגים מסוימים" של משרתי ציבור, כאשר יש בפרסומים כדי להרתיע את עובדי הציבור מלהפעיל את סמכויותיהם ולמלא את תפקידם, וזאת כחלק ממעטה ההגנה שהמדינה מבקשת להעניק לעובדיה, וכאשר הדבר נדרש לצורך המשך ניהולו התקין של השירות הציבורי. המשיבים ציינו כי מחלקת הסייבר נוהגת בעניין זה ב"ריסון רב", לנוכח חשיבות קיומה של ביקורת ציבורית על משרתי הציבור ועל השירות הציבורי בכללותו, כך שרק "במקרים הקיצוניים ביותר" מועברים דיווחים בנושא זה, וזאת, לעתים, רק לאחר קבלת אישורו של פרקליט המדינה לכך, ובהינתן קיומו של חשש ממשי לפגיעה באינטרס הציבורי ובתפקוד התקין של השירות הציבורי (זה המקום להעיר, כי בכל הנוגע לפרסומים פוגעניים הנעשים כלפי שופטים, גיבשה הנהלת בתי המשפט את נוהל 2019-12 של מנהל בתי המשפט בנושא "נוהל עבודה ובקרה לטיפול בפרסומים פוגעניים ברשת"

(2019), אשר נועד לקדם, תוך שיתוף פעולה עם מחלקת הסייבר, הסרת תכנים, או הגבלתם, כאשר אלה עולים כדי סיכון, השפלה, ביזוי, או פגיעה בנושאי משרה שיפוטית (זילות בית משפט היא בגדר עבירה פלילית בהתאם לסעיף 255 לחוק העונשין).

16. לבסוף צוין בתגובה המקדמית מטעם המשיבים כי מחלקת הסייבר פועלת גם בהגנה על טוהר הבחירות לכנסת. כך, למשל, במערכות הבחירות האחרונות (לכנסות ה-21 עד ה-24), שהתקיימו לאחר הקמת המחלקה (אשר בשתיים מהן, לכנסת ה-21 וה-22, כיהנתי כיושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת), סוכם, על דעת ועדת הבחירות המרכזית, בצוותא חדא עם היועץ המשפטי לממשלה, כי יועברו דיווחים למפעילי הפלטפורמות המקוונות על אודות חשבונות משתמשים פיקטיביים יצירי מחשב ("בוטים"). במיוחד כאשר לא ידוע מיהו הגורם האנושי המפעיל אותם, אם בכלל, וכן על חשבונות משתמשים מזויפים או מתחזים מעשי אדם, והכל בנסיבות מיוחדות ובתנאים מגבילים שנקבעו "בוהירות רבה". חשוב לציין בהקשר זה כי בכל הנוגע לפעולות של אכיפה וולונטרית שמתבצעות בקשר עם תהליך הבחירות, הרי שפניות המחלקה מתייחסות לפעולות טכנולוגיות אסורות לפי הדין הפלילי, ולא לפרסומים, אשר מחמת תוכנם עולים לכאורה כדי עבירה פלילית, וכן לשם אכיפת צווי מניעה שמוצאים מכוח סעיף 17ב לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1950.

17. דומה כי אין מחלוקת בין הצדדים אף בנוגע למימדיהן וליעילותן של פעולות האכיפה הולונטרית. כפי שמצוין בדו"חות מחלקת הסייבר, שעליהם מתבססים הצדדים, בשנת 2016 הועברו מטעם המחלקה 2,241 דיווחים, מתוכם הוסרו (בשלמותם, או באופן חלקי) 76.5% מהפרסומים; בשנת 2017 הועברו דיווחים לגבי 12,351 פרסומים, מתוכם הוסרו 88% מהפרסומים; בשנת 2018 הועברו דיווחים לגבי 14,283 פרסומים, מתוכם הוסרו כ-92% מהפרסומים שדווחו; ובשנת 2019 הועברו 19,606 דיווחים, מתוכם הוסרו כ-90% מהפרסומים שצוינו בדיווחים. יצוין כי, כפי שהעותרים טוענים בתגובתם – אין ללמוד מהנתונים הללו כי זהו מספר הדיווחים, או הבקשות להסרת תוכן, שכן ייתכן כי כל דיווח כאמור מכיל למעלה מקישור אחד לתוכן פוגעני (למעשה, בדו"ח הסיכום 2015, צוין כי לעתים בכל דיווח כאמור ישנם עשרות ואף מאות קישורים).

הנתונים הנ"ל מלמדים גם על התרחבות התופעה של פרסומים אסורים ברשתות.

אשר לזהות מפעילי הפלטפורמות המקוונות שאליהם הוגשו פניות מטעם המשיבים – מדו"חות מחלקת הסייבר עולה כי בשנת 2018 כ-87% מהדיווחים הועברו לפייסבוק, כ-8% הועברו לטוויטר, והיתר הועברו למפעילי פלטפורמות מקוונות נוספים (דוגמת: יוטיוב, אינסטגרם, גוגל ואחרים).

טענות הצדדים בעתירה שלפנינו

18. עתירה זו הוגשה לאחר שפניות שנעשו מטעם העותרים במרוצת השנים האחרונות, שמטרתן היתה להביא להפסקת מנגנון האכיפה הוולונטרי, שאותו מפעילים המשיבים – לא נענו. במסגרת העתירה העותרים טוענים כי באופן שבו מופעל מנגנון האכיפה הוולונטרי יש כדי לפגוע בזכויות החוקתיות להליך הוגן ולתופש הביטוי, מבלי שהדבר עומד בתנאיה של "פיסקת ההגבלה", הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. טענתם העיקרית בהקשר זה נוגעת להיעדר הסמכה מפורשת בחוק לפעול בדרך זו, כך שמונגנון האכיפה הוולונטרי מתבצע, לשיטתם, תוך הפרת עקרונות יסוד במשפט החוקתי והמינהלי. בהקשר זה נטען עוד כי מדובר במנגנון המפקיד בידי רשויות התביעה (פרקליטות המדינה) סמכויות נרחבות להתוות את גבולות חופש הביטוי בכך שהמחלקה קובעת לכאורה כי תוכן מסוים איננו חוקי, וזאת ללא פנייה לערכאות וללא מתן זכות טיעון.

לגישתם של העותרים, לא תיתכן מחלוקת כי פנייה יוזמה של המשיבים אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות, שמטרתה הסרת תכנים, מהווה למעשה פעילות שלטונית הדורשת הסמכה מפורשת בחוק, שכן אף אם אין בפעולת מחלקת הסייבר משום מתן הוראה כופה, הרי שכל פעולה הנעשית על-ידי המחלקה – מהווה פעולה שלטונית הטעונה הסמכה. בהיעדר הסמכה כאמור, הרי שעל בית המשפט להורות על הפסקת פעילותה של מחלקת הסייבר, וזאת אף מבלי להצביע על עוצמת הפגיעה בזכויות המוגנות ועל התאמת הפעילות ליתר תנאיה של "פיסקת ההגבלה", המעוגנת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

העותרים הפנו בהקשר לטענותיהם הנ"ל – לשתי עתירות, אשר עסקו, לשיטתם, בנושאים קרובים, כמפורט להלן:

האחת היא פרשת עע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב יפו נ' איגוד האינטרנט הישראלי (24.03.2013) (להלן: עניין איגוד האינטרנט הישראלי), שם נקבע בדעת רוב (של השופט ע' פוגלמן, בהסכמת הנשיא א' גרוניס, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג) כי סמכות מפקד מחוז במשטרה להורות על סגירת מקום הימורים – איננה מתפרסת על ספקי אינטרנט בהקשר לאתר הימורים מקוון שהפר את הוראות סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין (כנוסחו אז), שכן הוראת החוק האמורה איננה מסמיכה מפורשות, בדבר חקיקה, את מפקד המשטרה להורות לצדדים שלישיים (ספקי גישה שאינם מפעילי האתר) לחסום את הגישה לאתר ההימורים המקוון.

השנייה היא פרשת רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים, פ"ד סג(3) 664 (2009) (להלן: עניין מור), שם נקבע כי בהיעדר מסגרת חקיקתית המקימה אפשרות להורות לספקית גישה לרשת האינטרנט לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, הרי שאין לעשות כן בדרך של "חקיקה שיפוטית" (ראו שם, בעמ' 688).

19. אשר לאפשרות כי סמכות מחלקת הסייבר לפעול באופן "וולונטרי" נתונה לה מכוח הסמכות השיורית של הממשלה המעוגנת בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, הרי שלגישת העותרים סמכות זו איננה כוללת מקרים שבהם הפעלת הסמכות גוררת אחריה פגיעה בחירויות יסוד, ולעניין זה הם הפנו ל-בג"ץ 8600/04 ראש המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(5) 673, 687 (2005) וכן ל-בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010) (להלן: עניין מנאע) (באשר לסמכויות אכיפה). נוסף לכך, העותרים שללו אף את האפשרות כי סמכות מחלקת הסייבר נתונה לה מכוח סמכויות העזר, המוסדרות בסעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות), המורה כי: "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". לתפיסת העותרים, אין בהוראה זו כדי לסייע למשיבים, שכן במסגרת הדיווחים ששולחת המחלקה היא מסיגה בפועל את גבולן של ערכאות השיפוט, אשר רק להן, לשיטת העותרים, הסמכות לקבוע, לאחר דיון במעמד הצדדים, אם פרסום מסוים מקים עבירה, אם לאו.

20. לצד האמור, העותרים הרחיבו בטענות אף לגבי האופן שבו, לתפיסתם, מנגנון האכיפה הוולונטרי פוגע בזכויות יסוד חוקתיות, בראשן הזכות לחופש ביטוי, אשר בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה, היא רחבה דיה, לגישתם, כדי לכלול תחתיה אף ביטויים פוגעניים, העולים כדי עבירות הסתה לאלימות, או גזענות, והפנו בהקשר זה ל-בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987). בהקשר לכך נטען כי הסרת הפרסומים האמורים והגבלתם לא רק שמונעות ממפרסם הביטוי להביע את דעתו באופן חופשי, אלא שיש בהן כדי לפגוע אף ביתר המשתמשים העושים שימוש בפלטפורמות המקוונות, נוכח הגבלת נגישותם למידע שהוגבל, או שהוסר. לצד זאת, העותרים טענו כי יש במנגנון האכיפה הוולונטרי גם משום פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן במצב דברים זה "המילה האחרונה" בכל הנוגע לחוקיות פרסום זה או אחר, ניתנת למעשה לרשות המינהלית, או למפעילי הפלטפורמות המקוונות, ולא לבית המשפט, שאמור להכריע ברגיל בסוגיות מעין אלו. עוד נטען כי יש בהסרת הפרסום על-ידי מפעילי הפלטפורמות המקוונות (בעקבות פנייה של מחלקת הסייבר), משום פגיעה

בזכותם של המשתמשים – להליך הוגן. נוסף לכך, העותרים טענו כי ישנם פגמים נוספים שנפלו בפעולות המשיבים, כגון: אי-שמירתו של תיעוד מתאים ביחס לפרסומים שלגביהם נמסרו דיווחים מטעם המחלקה למפעילי הפלטפורמות המקוונות.

21. המשיבים גורסים מאידך גיסא כי בניגוד לנטען בעתירה – הליך האכיפה שבו מדובר במסגרת העתירה הוא הליך וולונטרי לחלוטין, שאין לראות בו משום אקט שלטוני ככזה, וכי שיקול הדעת בדבר ההסרה, או בדבר נקיטת פעולות אחרות בעקבות הדיווח – נתון כולו בידיהם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות בלבד (המשיבים נסמכים, בין היתר, בהקשר זה, על בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הגדול (28.02.2017) (העוסק ב"הרחקות דרבינו תם", להלן: פרשת הרחקות דרבינו תם)). טיעון זה הורחב במקום אחר, על-ידי ראש מחלקת הסייבר ומייסדה, ד"ר חיים ויסמונסקי, שהתבטא כך:

"הלכה למעשה, פעולה במישור הוולונטרי-ההסכמי אינה הפעלה של סמכות במובן של מתן הוראה או דרישה מחייבת. למעשה מדובר בהגשת בקשה, הנסמכת על ההבנה שספקית השירות תבחן אותה בהתאם לתנאי השימוש שהיא עצמה הגדירה ועל פי תבחיניה" (חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עברות ביטוי במרחב הסייבר" משפט חברה ותרבות 691, 725 (2018) (להלן: ויסמונסקי, אכיפה אלטרנטיבית)).

המשיבים מוסיפים ומציינים את יתרונותיה הסגוליים של מחלקת הסייבר, על-פני בני אדם (נפגעים פרטיים), או גופים אחרים שיכולים היו לשמש כמדווחים לגבי ביצוע עבירות במרחב הקיברנטי מהסוג המדובר, ואת התועלת המרובה שיש בפעולות המחלקה לאינטרס הציבורי. בהקשר זה נטען, כי בשים לב לכך שהמחלקה היא "שחקן חוזר", הבקיא בתנאי השימוש של הפלטפורמות המקוונות, ומעודכן בשינויים הנעשים בכללים אלה מעת לעת, הרי שיש לה יתרון מובנה ואמינות בהפעלת המסלול הוולונטרי, ולכן ראוי שהמחלקה תשמש כפה לגורמי הממשל האחרים, וכן לאזרחים הפשוטים, שאינם יכולים להתמודד לבדם עם מפעילי הפלטפורמות המקוונות ועם מי שעושה בפלטפורמות, או בגישה אליהן, שימוש לרעה. בכך נטען כי המחלקה משרתת את הציבור בכללותו. בהקשר זה המשיבים מדגישים כי הפניות למפעילי הפלטפורמות המקוונות נעשות רק במקרים שבהם הפרסומים עונים לתנאים המפורטים בפיסקה 11 שלעיל, ובעת שמסתבר כי הפרסומים מפרים באופן בולט את תנאי השימוש של הפלטפורמות המקוונות.

22. זאת ועוד – אחרת. המשיבים מצביעים על כך כי למחלקת הסייבר ניתן מעמד של "מדווח מהימן" על-ידי כמה מאותם מפעילי פלטפורמות מקוונות, נתון שמקנה למחלקה תעודף בסדר כחינת הדיווחים, על פני גורמים אחרים, ומהירות התגובה גורמת להקטנת

הנזק (עם זאת, לטענת המשיבים אין בכך כדי להשפיע על אופן בחינת הדיווח המוגש לפלטפורמה המקוונת). בנוסף, המשיבים מציינים את העובדה כי מטבע הדברים, לנוכח המשאבים והידע הרב המצויים בידי מנגנוני המדינה השונים, קיימת חשיבות בשמירה על מנגנון האכיפה הוולונטרי, בהיותו אמצעי שאין לו כיום תחליף לשם דיווח ופעולה כנגד מעשי התחזות, הונאה או עבירות פליליות אחרות הנעשות במרשתת. יתר על כן, בשל מיקומם של מעשי עבריינות אלה, לרוב מחוץ לגבולות המדינה, ובהינתן סמכויות השיפוט הבינלאומיות המוגבלות, הרי שלולא מסלול האכיפה הוולונטרי – "השחקנים הרעים" במרחב הקיברנטי היו ממשיכים לעשות חיל ומעשיהם לא היו ניתנים לאכיפה.

23. בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, המשיבים טוענים כי יש להורות על דחיית העתירה מחמת אי-עמידתה בתנאי הסף הנדרשים להגשת העתירה, זאת בשל חוסר עובדתי משמעותי ובשל אי-צירופם של משיבים רלבנטיים – מפעילי הפלטפורמות המקוונות. לטענת המשיבים, צירוף גורמים אלה להליך יכול היה לשפוך אור על שיקול הדעת העצמאי שהם מפעילים ביחס לפניות המחלקה ועל נושאים נוספים הכרוכים בעתירה אשר יבוארו בהמשך.

התפתחויות נוספות

24. לאחר דיון שקיימנו במעמד הצדדים בעתירה בתאריך 03.08.2020 – הורינו למשיבים להשלים את טיעוניהם, בין השאר, ביחס להסדרים מקבילים החלים במדינות אחרות.

25. המשיבים עשו כן ובמסגרת זו הם חזרו, בצירוף דוגמאות מהמשפט המשווה, על טענותיהם כי למפעילי הפלטפורמות המקוונות מוקנה שיקול דעת רחב להחליט אם להסיר פרסומים אם לאו, וכי סמכותם של המשיבים לפעול בגדר המנגנון הוולונטרי, נטועה בכוחם לפעול לאכיפת עקרון שלטון החוק ולשמירת האינטרס הציבורי. לפיכך הם רשאים, לשיטתם, לפעול כדי להביא להסרתם של פרסומים פוגעניים ברשת הנחזים להיות כמפרים של איסורי הדין הפלילי, והדבר נסמך גם על סמכות העזר המוקנית להם כרשות מינהלית (אצלנו, בהסתמך על סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות). בנוסף, המשיבים שבו על טענותיהם כי פעולות הדיווח לגבי הפרסומים נעשות ברובן המכריע כלפי מופעים וביטויים שיש בהם כדי לפגוע בביטחון המדינה, וכי הפניות נעשות בהינתן שנתקיימו בהם מספר קריטריונים מצטברים, המלמדים כי רק בנסיבות חריגות וקיצוניות יפעלו גורמי הממשלה והפרקליטות במישור זה.

26. בכל הנוגע למשפט המשווה, נטען כי שורה של מדינות דמוקרטיות וגופים בינלאומיים שונים בעולם פועלים אף הם בנושא זה במישור האכיפה הוולונטרי, מבלי שתהיה להם הסמכה פרטנית מפורשת לכך בחקיקה ראשית, וכי מוסכם כיום בעולם שזוהי הדרך האפקטיבית והיחידה לבלום פרסומים מפרים במרשתת, שאם לא כן ייווצר מצב של אנרכיה מוחלטת, שבגדרו כל אדם יעשה כישר בעיניו, תוך הפרת האיסורים הפליליים המקומיים. בהקשר זה נטען עוד כי הסדרים בינלאומיים והנחיות רגולציה החלים בדיון האירופי, משמשים כמקור סמכות לאכיפה וולונטרית של מדינות וגופים שונים באיחוד האירופי בכל הנוגע להסרת פרסומים פוגעניים ברשת, ובהקשר זה הובאו דוגמאות מצרפת, מבלגיה, מספרד, מגרמניה וכן מבריטניה.

כך, למשל, בשנת 2016 חתם האיחוד האירופי על הסדר עם פייסבוק, מייקרוסופט, טוויטר ויוטיוב, המתווה טיפול בפרסומי שנאה דרך מנגנוני הדיווח הפנימיים של הפלטפורמות המקוונות. בהמשך הצטרפו להסדר זה גם חברות כמו: אינסטגרם, סנאפצ'אט וטיקטוק. בעקבות ההסדר הוכרו גופים שונים במדינות האיחוד האירופי כ"מדווחים מהימנים" – רובם ארגוני מגזר שלישי, וחלקם רשויות מדינתיות. לטענת המשיבים, הסדר זה מהווה מסגרת לפעולה של מדינות אירופאיות באפיק הוולונטרי, אשר בחלקן אין הסדרה פנים מדינתית ספציפית.

המשיבים הצביעו, בין היתר, גם על קיומם של הסדרים כופים בכמה מדינות אירופאיות, אשר אינם מתייחסים לאפשרות של פעולה וולונטרית, על אף שזו מתבצעת, כמו פעילות ה-Federal Office of Police בשווייץ, למשל (בבלגיה פועלת סוכנות ממשלתית אשר סמכויותיה מוגדרות בהסכם שיתוף פעולה בין הממשלה הפדרלית למחוזות ולקהילות. הסכם זה מעניק לסוכנות הממשלתית סמכות כללית "לנקוט צעדים משפטיים").

מנגד, צוין כי סוכנות אכיפת החוק של האיחוד האירופי, יורפול, פועלת במישור הוולונטרי מכוח הסמכה מפורשת בסעיף 4(1)(m) ל-Europol Regulation 2016/794. בצרפת, המשרד המשטירי למלחמה בפשיעת טכנולוגיית מידע (OCLCTIC), מוסמך מכוח סעיף 1 לצו נלווה לחוק המאבק בטרור (loi n° 2004-575 du 21 juin 2004), אשר תוקן בשנת 2014), לפנות למנועי חיפוש או לספקיות שירותי אירוח בבקשה להסיר תוכן העולה לכדי עבירות פליליות מסוימות כמו תמיכה בטרור, או פדופיליה – וזאת ללא צו שיפוטי.

27. זה המקום להוסיף ולציין כי עוד לפני שנערך הדיון בפנינו, הוגשו בקשות להצטרפות להליך על-ידי גב' לורי שם טוב וכן על-ידי התנועה לחופש המידע (להלן: התנועה), ואלו נזכרות בכותרת.

עיקרה של בקשת ההצטרפות מטעם התנועה (שרצתה להצטרף כידידת בית משפט), הוא בטענה כי יש לבחון את שאלת הסמכות הניצבת במוקד העתירה, גם בשים לב לעובדה כי מחלקת הסייבר פועלת, לגישת התנועה, בהיעדר שקיפות, ודבר זה בא לידי ביטוי בהיעדר תיעוד של תוכן הביטויים שמחלקת הסייבר מבקשת להסיר (כך עולה, לשיטתה, ממענה לבקשת חופש מידע שהגישה התנועה מתאריך 01.11.2019). נתון זה,

כך נטען, מעורר, בין היתר, חשש, כי פניות המשיבים למפעילים "מוטות וחוטאות באפליה", או נובעות בחלקן מתרגום קלוקל של הפרסומים בהם מדובר. נוסף לכך, נטען כי נעדרות אמות מידה ברורות להבניית שיקול הדעת של מחלקת הסייבר טרם שהיא מגישה דיווח למפעילי הפלטפורמות המקוונות. זאת ועוד, התנועה טוענת כי אין די בדו"חות השקיפות הכלליים שמתפרסמים מטעם המחלקה, וכי יש לכלול במסגרתם נתונים רבים נוספים, כגון: מאפייני הדיווח המועבר למפעילים והדרישות שבגדרו (האם הרשות מבקשת הסרת תוכן, או, למשל, גם את חסימת המשתמש); ציון זיקתם של הפרסומים לתושבי המדינה, ככל שהדבר ניתן; הבהרה אם המחלקה פועלת כאשר מופרים כללי המדיניות של הפלטפורמה, אף כי אין בפרסום משום עבירה פלילית, ועוד.

גב' לורי שם טוב (שלא הגיעה לדיון שנערך לפנינו, אף שזומנה אליו), ציינה בבקשת ההצטרפות שלה כי היא מבקשת להצטרף לעתירה כעותרת, שכן היא נפגעה, לטענתה, מהתנהלות מחלקת הסייבר, וכי להכנתה פעילות המחלקה הביאה להסרת פרסומים שונים מהאתר שאותו היא מפעילה, בעילה שיש בהם לכאורה משום עבירות שונות כלפי משרתי ציבור.

28. לאחר עיון בבקשות ההצטרפות הנ"ל – החלטנו להסתפק בעיון בהן מבלי להיענות לבקשות ההצטרפות, וזאת, בין השאר, נוכח העובדה שהחלטנו ממילא לדחות את העתירה על בסיס ההנמקות שיבואו בהמשך. יתר על כן – לגבי בקשות ההצטרפות האמורות, צירוף המפעילים כמשיבים (מה שלא נתבקש על-ידי מבקשות ההצטרפות) היה חיוני ממש והעובדה שהם בחרו שלא לעשות כן, היא בנסיבות פגם מאיין.

29. לאחר עיון בכתבי הטענות מטעם הצדדים ובנספחים שצורפו להם, לרבות נוהל העבודה שעל-פיו פועלת מחלקת הסייבר, ובעקבות האזנה לטיעוני ב"כ הצדדים שהושמעו בעת הדיון וקריאת ההשלמות שהוגשו – הנני סבור כי דין העתירה להידחות, אך זאת בכפוף למספר הערות לעתיד, שעל המשיבים ליתן את הדעת לגביהן, וכך אני מציע לחברתי הנשיאה ולחברי שנעשה.

30. בטרם שאצלול אל ההיבטים השונים הטעונים הכרעה, אזכיר מושכלות יסוד שאינם כבר כה חדשים, לגבי הזירה שעליה נסובה העתירה, ואשר בה מתקיימת פעילותה של מחלקת הסייבר – רשת האינטרנט (המרשתת). לא אכביר בתיאורים על הרכה הרבה שמביאה הטכנולוגיה בכלל, ועל שינוי סדרי העולם והאדם שבא בעקבות עלייתן של הפלטפורמות המקוונות – בצמצום פערים, בהנגשתם של שירותים שונים לפרטים בחברה, בהעצמת אוכלוסיות מודרות, בהגברת חופש המידע, בהתקשרות, הביטוי, העיתונות וההתאגדות, ביצירת קשר בין קרובים לרחוקים ועוד ועוד (עיינו במאמרה החלוצי של פרופ' ניבה אלקין-קורן, "המתווכים החדשים בכיכר השוק הווירטואלי" משפט וממשל ו 365 (2003)).

העתירה שלפנינו, מאידך גיסא, עוסקת באופן שבו המרחב הווירטואלי שמספקת רשת האינטרנט, יכול לשמש קרקע פורייה לגידולים רעילים, עשבים שוטים ופירות באושים (השוו: כש"פ 2065/13 פלוני נ' מדינת ישראל (22.03.2013)). בהקשר זה רשת האינטרנט מספקת לגורמים זדוניים מצע לכיצוע עבירות ב"שלט רחוק", בתפוצה רחבה הרבה יותר מזו שהיתה קיימת בעולם "הישן" שלפני מהפכת האינטרנט, כאשר ההשפעה האפשרית הרעה של מעשיהם עלולה לתבוק מגזרים וקהלים, שקודם לכן כלל לא היו נחשפים לפעילות המזיקה.

מסגרת פעילות חדשנית זו, דורשת לפיכך, כך נדמה, גם אמצעי אכיפה שונים מאלה המקובלים, שיש בהם כדי לסכל ביעילות ובמהירות את הפעילות העבריינית ברשת. עם זאת, יש להדגיש כי עתירה זו איננה עוסקת בעיקרה בהתאמת האמצעי למטרה ובבחינת האפשרות כי מתן צווים בידי בית המשפט במקרים המתאימים (בהתאם למסלול האכיפה הסטטוטורי) מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה, חלף מנגנון האכיפה הוולונטרי. העתירה שלפנינו עניינה בשאלת הסמכות לבצע פעילות וולונטרית להסרת פרסומים פוגעניים מהרשת, באופן ובתצורה שבהם פועלת מחלקת הסייבר. אדון לפיכך בטענות אלה לפי סדרן בהמשך, אך תחילה אפנה לבירור הטענות במישור עילות הסף שנטענו כנגד העותרים, ובגדרן נטען כי העתירה חסרת תשתית עובדתית מספקת וכי העובדה

שהעותרים לא צירפו את מפעילי הפלטפורמות המקוונות כמשיבים – מחייבת את דחיית העתירה.

היעדר תשתית עובדתית

31. לגישתי ניתן היה לדחות את העתירה ולו בשל היעדר תשתית עובדתית מוצקה לטענה כי המחלקה פועלת כאן בחוסר סמכות.

למעשה, מבין הנתונים הכלליים שצורפו לעתירה – אין בנמצא עדות להיקף הפגיעה בערכי חופש הביטוי והנגישות למידע (ככל שאין בהם משום עבירה). אין חולק, כמובן, כי פעולות מחלקת הסייבר עלולות להביא לכך שפרסומים עברייניים שונים יוסרו בסופו של הליך מרשת האינטרנט. אולם גם אם אכן כך הדבר – כלל לא ברור באיזה היקף מביאות פעולות המחלקה במסלול האכיפה הוולונטרי לפגיעה בזכויות מוגנות, לרבות בחופש הביטוי של נושאי הזכויות, ביחס לפרסומים שהם אינם בגדר עבירה. אין צורך להכביר מילים בכך שתנאי יסוד להגנות שמקנה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא שנמען הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית יהיה "אדם" (ראו בסעיף 1 לחוק-היסוד הנ"ל המדבר בזכויות היסוד של האדם בישראל, וכן בסעיף 2 סיפא שם, הקובע כי: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (ההדגשה הוספה – ח"מ)). המציאות שמספקת לנו רשת האינטרנט מלמדת כי לעתים, כדי להוכיח שנפגעה זכות יסוד (וטענה זו ניצבת בליבת טיעוני העותרים, לצד טענת היעדר הסמכות) – על העותר להוכיח כי נמען הפגיעה הוא אכן "אדם" (ומכלל אלה יוצאים, לשיטתי, המתחזים לבני אדם: דוגמת "אוטארים" (יצגנים – דמויות וירטואליות) ו-"בוטים" (רובוטים)).

במילים אחרות – אין זכויות אדם ליצגנים ולרובוטים, מה גם שחלק מאותם רובוטים אפילו לא מופעלים על-ידי בני אנוש מאחוריהם, אלא על-ידי אינטליגנציה מלאכותית (A.I. – Artificial Intelligence). לגבי A.I. עיינו:

Ryan Abbot, *THE REASONABLE ROBOT: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE LAW* (2020); Harry Surden, *Artificial Intelligence and Law: An Overview*, 35 GA. ST. U. L. REV. 1305 (2019); Ryan Calo, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, 51 U.C.D. L. REV. 399 (2017).

32. במקרה שלפנינו, לגבי זירת האינטרנט, שבמסגרתה פועלות ישויות שונות ומשונות, המאורגנות בתצורות שונות (בין היתר: גורמים מדינתיים זרים, רשתות "בוטים", חשבונות מזויפים ומתחזים) – נדרשת תשתית ראייתית מינימאלית לפגיעה הנטענת בחופש הביטוי, ובמיוחד לגבי פרסום שאיננו מהווה עבירה. ודוק, אינני סבור כי

פעולות האכיפה הוולונטריות שמבצעת מחלקת הסייבר אינן עלולות לפגוע כלל בפעילותם של פרטים מסוימים, מישראל ומחוצה לה. אולם בהיעדר דוגמא ספציפית מצד העותרים כי פעולות האכיפה הוולונטרית השפיעו ככאלו על פעילות של מי מהם (ככל שלא ביצעו לכאורה עבירה כלשהי) – קיים קושי לקבל את טענות העותרים לכך שמכלול הפעילות באפיק האכיפה הוולונטרי של מחלקת הסייבר פוגע בעותרים ככאלה, וקיים קושי לזהות אילו היבטים מבין שלל הפעילויות שהמחלקה מבצעת, דורש הסמכה מפורשת בדבר חקיקה (השוו: בג"ץ 6972/07 ע"ד עקיבא לקסר נ' שר האוצר (22.03.2009)). במובן זה העתירה אף איננה בשלה.

33. כפי שתואר לעיל, מנתוני מחלקת הסייבר עולה כי הרוב המכריע של הפניות מטעם המחלקה אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות, עוסקות בפרסומים הנוגעים למעשי טרור ולאלימות חמורה. לגישתי, החשש העולה מטענות העותרים כי באיצטלה של פעילות אכיפה כזו, שרובה ככולה עוסקת בשמירה על הביטחון הלאומי – הממשלה נאבקת גם במסרים פוליטיים החוסים תחת גבולות חופש הביטוי בדין הישראלי – לא הוכח. אם כך היה הדבר, ברי כי היתה נדרשת בנסיבות אלו הסמכה מפורשת, מוצקה, לפעילות הרשות. דא עקא, מלבד הטענות העקרוניות והכוללניות שבפי העותרים – לא הובאה בפנינו אפילו ראשית ראיה לסברה שפרסומים המאתגרים את חופש הביטוי – נחסמו בתירוץ של מניעת עבירות של הסתה לאלימות, או לטרור. זאת ועוד – בהיעדר ראיות לסתור, בהחלט ייתכן כי חלקה הגדול של פעילות מחלקת הסייבר, נסוב על פרסומים שלא עומד מאחוריהם כאמור סובייקט אנושי כלשהו, אלא אובייקט ממוחשב (רובוט), או מערכת מסועפת של משתמשים עוינים המבקשים לקדם מסרים אסורים כאלה ואחרים.

34. ספק נוסף, שאף אותו לא ניתן לברר במסגרת העתירה שלפנינו מחמת היעדר נתונים מספקים ואי התייחסות מטעם הצדדים לגביו, נוגע להיקף פריסתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על ביטויים הנעשים בזיקה לישראל, על-ידי גולשים שאינם אזרחי המדינה, תושביה, או כאלה המתגוררים בה, או המצויים בזיקה טריטוריאלית אחרת אליה. בעיניי, קיים ספק רב אם, למשל, פרסום של אדם המתגורר מחוץ לישראל, המפרסם קריאה לנקוט באלימות כלפי שגרירות ישראלית בארצו, או כנגד מטרה ישראלית אחרת שם, הוא אכן פרסום שיש לערוך לגביו את האיזון החוקתי מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שאלה זו לא פותחה כלל על ידי הצדדים, ואולם ייתכן כי הטעם להיעדרה של התייחסות כזו בנוגע לסוגיה האמורה נובע אף הוא ממחסור בנתונים המצויים בידי הצדדים, או לנוכח הקושי בזיהוי הלוקלי והשמי של מפרסמים במרחב הרשתי.

35. על אף האמור לעיל – לא מצאתי כי יש לדחות את העתירה על הסף מהטעם של היעדר תשתית עובדתית, ואולם הדבר הקשה על הוצאת צו על-תנאי במכלול, ותרם לתוצאה של דחיית העתירה מהנימוקים האחרים שסקרו בהמשך.

אי-צירוף משיבים רלבנטיים

36. טעם נוסף שייתכן שנכון היה להורות על דחיית העתירה על הסף בגינו, נוגע לאי-צירוף משיבים רלבנטיים. כפי שצוין לעיל, העותרים (וכן המבקשות להצטרף) נמנעו מלצרף לעתירה כמשיבים את מפעילי הפלטפורמות המקוונות, ודומה כי נתון זה עומד בעוכריהם. כפי שיובהר להלן, שאלת הפעלת שיקול הדעת על-ידי אותם גופים, יש בה כדי להשפיע לא מעט על הקושיות הניצבות במוקד ההליך שלפנינו. סוגיית טיבו של הדיווח על פרסום פוגעני כאקט שלטוני המחייב הסמכה בחוק, תלויה במידה משמעותית בשאלות כיצד ועד כמה המפעילים הרב-לאומיים הם גורם בלתי תלוי, והאם שיקול דעתם נסמך על הוראות הדין המקומי שלהם, או של ישראל, או רק מותנה בכללי השימוש של הפלטפורמות שלהם.

37. במהלך הדיון שהתקיים בפנינו העותרים נשאלו לפשר אי-צירופם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות כמשיבים לעתירה, אולם הם לא נתנו לכך כל הסבר מניח את הדעת. לעמדתי, די היה בנתון זה לבדו כדי לדחות את העתירה על הסף, שכן קרוב לוודאי כי אם מפעילי הפלטפורמות המקוונות היו מצורפים כמשיבים לעתירה, היה בטענותיהם כדי לשפוך אור על כמה מהטענות המרכזיות שבפי העותרים.

צירוף מאוחר – אין לו מקום לאחר שהעותרים בחרו מדעת שלא לעשות כן (השוו: בג"ץ 84/82 הסתדרות פועלי אגודת ישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד לז(1) 813 (1984); בג"ץ 828/90 סיעת הליכוד במועצת עיריית חיפה נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד מה(1) 506 (1991); עיינו גם: רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 34-35 (1991)).

38. הפגמים שנפלו בעתירה מהיבט עילות הסף – הם אכן קשים, ואולם בשל הטענות המהותיות שעלו בהקשר לפעולותיה של מחלקת הסייבר ובשים לב לחשיבות הדברים שהועלו בעתירה, ראשוניותם והשלכותיהם, אדון להלן בטענות העותרים גם לגופן כדי שלא להשאיר את ההשגות החוקתיות והמינהליות תלויות על בלימה.

אפרט איפוא עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

39. הטענה העיקרית העולה מהעתירה שלפנינו נסובה כאמור על חוקיות מדיניות האכיפה הוולונטרית בהיעדר סמכות מפורשת בחוק לעשות כן, לגישת העותרים. טענה זו היא נגזרת של עקרון שלטון החוק, הקובע (בין היתר) כי על הרשות השלטונית לפעול מכוחן של נורמות חקוקות (ראו: בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); רע"פ 10141/09 בן-חיים נ' מדינת ישראל (06.03.2012)). העובדה כי מחלקת הסייבר פועלת להסרת ביטויים, שיש בהם, לדעתה, כדי להוות עבירה על החוק, על דרך של דיווח על כך למפעילי הפלטפורמות המקוונות, מהווה על-פי קו טיעון זה, פעולת אכיפה שלטונית, האסורה ללא הסמכה סטטוטורית מפורשת, וזאת בשים לב לעקרון שלטון החוק ולעקרון חוקיות המינהל.

העותרים אף טענו כי מצב דברים זה פוגם, לפחות למראית-עין, בהסדר הנוהג על-פי סדרי הדין הפליליים הרגילים, המבחין בין הרשות החוקרת לבין הרשות התובעת. כך, למשל, סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשמ"ב-1982 מסמך את המשטרה לערוך חקירות, ואילו סעיף 60 לחוק הנ"ל מורה כי על המשטרה להעביר את חומר החקירה לתובע שהוסמך לכך. במקרה שלפנינו, הבדיקה נעשית, על-פי הטענה, על-ידי מחלקת הסייבר (בדמיון-מה לסמכות המוקנית למשטרה לפתוח בחקירה אם נודע לה דבר עבירה, בהתאם להוראות סעיף 59 הנ"ל), ולטענתם של העותרים היא אף הגורם "המעמיד לדין", קרי זה שפונה אל הגורם הפרטי הרלבנטי (מפעילי הפלטפורמות המקוונות) כדי שיפעיל את שיקול דעתו אם להסיר את הפרסום, אם לאו.

40. כמתואר לעיל, משיבי הממשלה טענו מנגד בהקשר זה, כי קשה לראות בפעולות מחלקת הסייבר משום הפעלת כוח שלטוני, שכן שיקול הדעת הבלעדי מסור בעניין זה למפעילי הפלטפורמות המקוונות, ואילו פעילותם מתמצית בפנייה וולונטרית למפעילי הפלטפורמות המקוונות, וזו נעדרת לפיכך תוקף של אקט מינהלי של ממש.

41. המשיבים אכן צודקים לכאורה בכך כי בהיעדר אקט שלטוני כופה – בדרך כלל אין מקום להידרש לשאלת הסמכות. יחד עם זאת, דומני כי שגגה נפלה מתחת ידי המשיבים, בכך שראו לסווג את הפעולות ואת הפניות היזומות של מחלקת הסייבר אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות, כאקטים הנעדרים תוקף שלטוני כלשהו, ובסברתם כי בתור שכאלה – הם אינם חוסים כביכול תחת עקרון חוקיות המינהל, ולא צריכים הסמכה סטטוטורית כלשהי. לגישתי, המשיבים לא דקו פורתא בכך שהסתפקו בציון הלקוני של העובדה כי לפנינו פעולה וולונטרית, המותירה את שיקול הדעת בכל הנוגע לאכיפה

לגורם חיצוני (פרטי). יחד עם זאת, לפעילותה של מחלקת הסייבר, לדעתי, לעת הזו הסמכה מספקת.

אבאר את הדברים להלן.

42. כדי לזהות מהו "מעשה שלטוני" הכפוף לעקרונות המשפט הציבורי, לא די בכך כי הפעולה המדוברת נעשית באופן "התנדבותי" כביכול, או כי היא נעדרת כשלעצמה תוקף אופרטיבי כלשהו. אכן, כפי שיובהר להלן, התבוננות על הפונקציות הרבות מאוד שאותן ממלא המינהל, מגלה כי רבות מהן כלל אינן מוסדרות בדברי חקיקה ספציפיים, ואין חולק כי אף על פי כן – הן מצויות בליבת התפקיד שעל מדינה מתוקנת למלא, ולפיכך יש להן עיגון סטטוטורי.

פרופ' יצחק זמיר בספרו הסמכות המינהלית כרך א' 419 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר), מתאר זאת כך:

"בפועל, היקף הסמכויות המוקנות לממשלה רחב הרבה יותר מהיקף הסמכויות הפרטניות שהחוקים מעניקים לה בלשון מפורשת. תפקידים רבים המוטלים על הממשלה, מהם תפקידים בסיסיים של כל ממשלה, אינם נזכרים כלל בחוק, וכך גם הסמכויות הנדרשות למילוי תפקידים אלה. המציאות מכתובה מצב זה. המחוקק אינו מסוגל, ולכן גם אינו מבקש, להסדיר את כל תחומי הפעילות של הממשלה, שהם חובקים עולם ומלואו, ולקבוע במפורש בכל תחום ותחום את הסמכויות הנדרשות. התוצאה היא שהממשלה עוסקת דבר יום ביומו במגוון רחב ועצום של פעולות שאין להן אחיזה מפורשת בחוק. כאלה הן לדוגמה כמעט כל הפעולות של משרד החוץ, משרד הבינוי והשיכון, המשרד לקליטת עלייה והמשרד לתרבות. משרדים אחרים פועלים במידה רבה על יסוד חוקים, אולם גם בין אלה אין לך כמעט משרד שהפעילות שלו אינה נעשית בחלקה, אם מעט ואם הרבה, בלי אסמכתה מפורשת בחוק. הנה דוגמאות מעטות מתוך רבות: לשכת העיתונות הממשלתית, מוסדות להכשרה מקצועית, לשכות מודיעין לתיירים, מכוני מחקר, ייבוא מצרכי מזון חיוניים, המכון להשתלמות שופטים. לעתים פעילות כזאת נגזרת כביכול אחר פעילות אחרת, כאילו היא פעולת עזר לפעולה המוסדרת על ידי חוק, אך לא פעם פעילות כזאת עומדת בפני עצמה, לכאורה ללא שום חוק שיתמוך בה. כיצד מתיישב מצב זה עם העיקרון של חוקיות המינהל? התשובה ניתנת על ידי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה. סעיף זה קובע לאמור: 'הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת'". (שם, בעמ' 418-419; ההדגשה שלי – ח"מ).

ראו גם: בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832, 841 (1993); בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 651 בהרכב מורחב מפי הנשיא מ' שמגר (1995) (להלן: עניין פדרמן); בג"ץ 8600/04 ראש המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נט(5) 673, 682-683 (2005); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, בפיסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין (27.02.2006). עיינו עוד: מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת (2002) (להלן: כהן).

הנה כי כן, כדי לעמוד על טיבה ומהותה של הפעילות המינהלית שלפנינו – עלינו לחזור אל כמה מההלכות המשמשות תשתית לשיטה הקונסטיטוציונית והמינהלית שלנו.

43. בבואו לסווג את סמכויות המינהל השונות, פרופ' הנס קלינגהופר מנה גם את קיומו של "אקט מינהלי מוטווה". ניתן להגדיר התנהלות זו כפעולה שלטונית, אשר עוטה על עצמה איצטלה של פעולה שלטונית שאיננה כופה, כאשר בפועל מהותה של אותה פעולה, ולכל הפחות נמעני אותה פעולה, מפרשים אותה כאקט שלטוני בעל משמעות כופה, וכלשונו של קלינגהופר:

"סוג מיוחד במינו של אקט בלתי בהיר הוא האקט המוטווה. כשרשות איננה רואה בפניה דרך חוקית להשיג מטרה שברצונה להשיג אותה, הרי קורה והיא מבקשת להציג את המעשה בצורה מוטווה, כדי שזו תעלה את סיכויי להתפרש כמעשה חוקי. היודיקטורה שלנו אינה מוכנה לקבל אמצעי תכסיס כאלה" (ראו: הנס קלינגהופר משפט מינהלי 109-111 (1957), וראו באופן כללי על תורת האקט המינהלי בעמ' 82-117 שם).

דוגמא לכך תמצא ב-בג"ץ 144/50 ד"ר שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951) (להלן: עניין שייב). באותה פרשה מפורסמת, דרש מנהל אגף החינוך במשרד החינוך מהנהלת בית ספר שלא להעסיק את העותר, לנוכח התנגדותו של ראש הממשלה ושר הביטחון דאז (דוד בן גוריון) לכך (אשר נבעה מעמדו ביחס לפעילותו הפוליטית של העותר). לענייננו רלבנטית אחת מטענות המשיבים באותה פרשה, אשר הודו כי ההוראה שלא להעסיק את העותר לא היתה מבוססת על חקיקה מפורשת, אולם הם ציינו כי פעולה זו לא היתה הוראה כופה, אלא בקשה ("וולונטרית") בלבד, אשר בית הספר אליו הופנתה הפנייה רשאי היה שלא להיענות לה.

בית המשפט סירב לקבל עמדה זו של המשיבים, וכך נאמר באותה פרשה:

"כאמור, הודה המשיב שפעולתו אינה מבוססת על חוק ומשום כך הוא שם את הדגש על אופן פנייתו אל מנהלי בתי הספר הפרטיים, ואמר, שרק "ביקש" מהם לא להעסיק מורים בבתי-ספריהם אלא אחרי קבלת הסכמת המפקח. אין צורך לומר כי "בקשה" זו כמוה כצו, לפחות עד כמה שהדבר נוגע למבקש שלפנינו, כי מטעמים מובנים מאליהם נוטים בתי הספר להכנע לבקשה מעין זו, כפי שהמקרה דנן מוכיח. יתכן, כי אילו היה המשיב פונה למנהלי בתי הספר בצורה פחות מחייבת, והיה מדגיש את אופיה הבלתי מחייב של בקשתו, היה קשה לגלות בה פגם, אולם ברור לנו מדברי המשיב בהצהרתו, כי למעשה לא נקט לשון שנתנה למנהלי בתי הספר את הברירה: ירצו יתחשבו בדעתו, ירצו יתעלמו ממנה ויעסיקו מורה על אפו. כאן לא פירש המשיב בחוזר שנשלח על ידו, כי הברירה בידי מנהלי בתי הספר. משום כך, אין לי ספק שהמשיב חרג מסמכותו בפנייתו אל מנהלי בתי הספר" (שם, בעמ' 419; ההדגשה שלי – ח"מ).

אמנם, מדברים אלה עולה כי לו היה מדובר בבקשה בלתי-מחייבת, הרי שלכאורה "קשה היה לגלות בה פגם". יחד עם זאת, ניכר מדברי בית המשפט (בקטע המודגש שלעיל), כי אף בהינתן קיומה של בקשה "וולונטרית", הרי שככל שנמען הבקשה נוטה "להיכנע" ולהישמע לבקשה – הרי שניתן לראות באותה פנייה משום אקט שלטוני (השור: פרשת הרחקות דרבינו תם, בפסקה ל"ב-ל"ג לחוות דעתו של המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין; בפסקה 1 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור; בפסקה 5 לחוות דעתו של השופט י' עמית).

44. יחד עם זאת, חשוב להבהיר כי המקרה שלפנינו הוא שונה, משורה של טעמים:

ראשית, משלא הוצגה בפנינו אפילו ראשית תשתית ראייתית לסתירת חזקת תקינות המינהל – ניתן להניח כי פניותיה של מחלקת הסייבר למפעילי הפלטפורמות המקוונות אכן נעשות מתוך הבנה של המחלקה כי מדובר בדיווח בלבד, שאיננו מערב כל אלמנט של כפייה כלפי מפעילי הפלטפורמות המקוונות (בעניין זה – עיינו: דפנה ברק-ארז אזור, נתין, צרכן – משפט ושלטון בחברה משתנה (2012)).

אציין בהקשר זה גם את האמור בסעיף 6 לנוהל העבודה של מחלקת הסייבר,

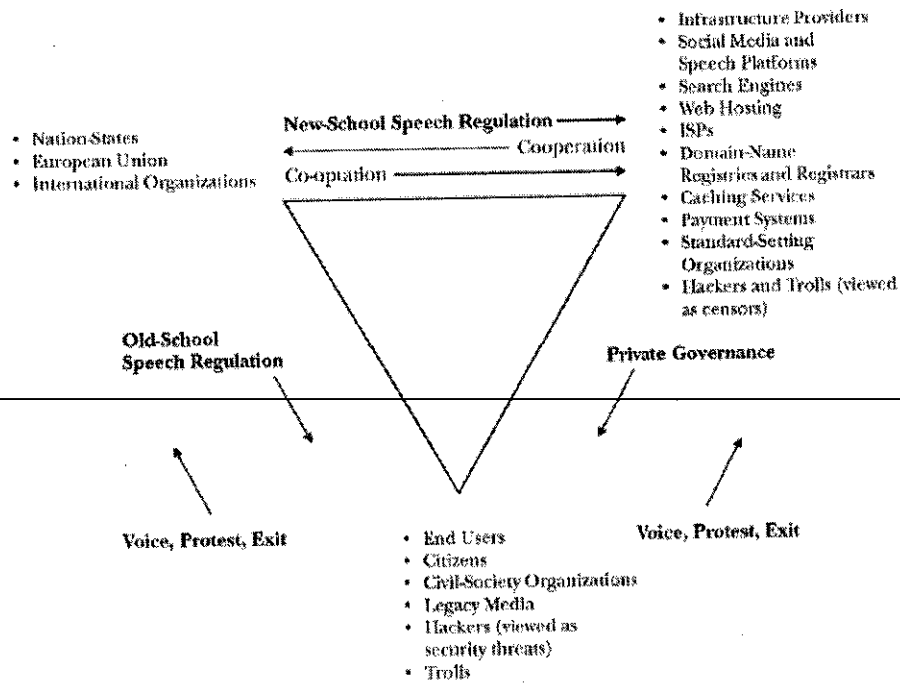
המורה כך:

"בכל הנוגע לפניות במישור הוולונטרי, אין להציב דרישה בפני הפלטפורמות המקוונות להסרת התוכן, הגבלת גישה אליו או כדומה" (ההדגשה שלי – ח"מ).

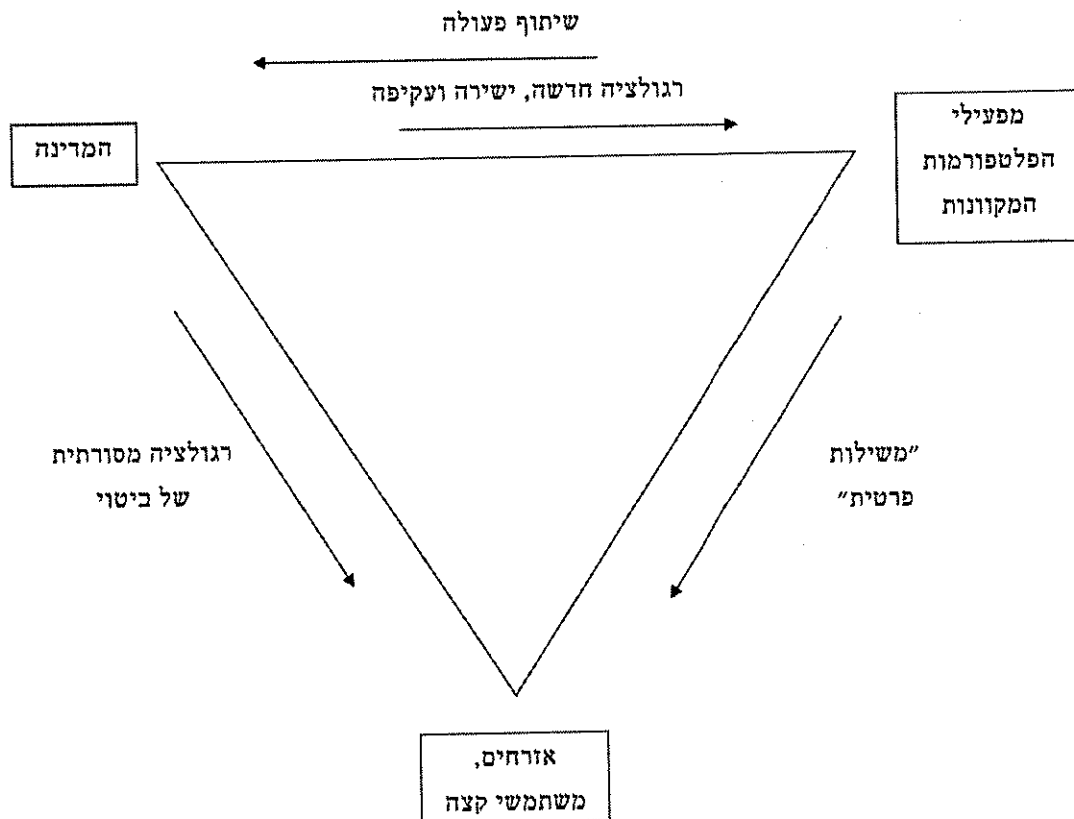
שנית, "מערכת היחסים" שלפנינו אכן נבדלת לא מעט מהדוגמא שאזכרה לעיל (עניין שייב). במקרה שלפנינו מפעילי הפלטפורמות החיצוניות הם גופים רב-לאומיים ובעלי עוצמה רבה, המתפקדים לכאורה באופן כלתי תלוי ומפעילים שיקול דעת עצמאי משלהם, ומחליטים כיצד לנקוט בנסיבות העניין. לכן, נדמה כי הוולונטריות הכרוכה בפניית המחלקה, ואופן הפעלת שיקול הדעת העצמאי של אותם גופים, שונה באופן איכותי ממה שקרה בפרשת שייב.

45. על אף האמור לעיל – אין בידי לקבל בנקודה זו את עמדת המשיבים בשלמותה. לשיטתי יש לראות בפניות המחלקה למפעילי הפלטפורמות המקוונות משום אקטים שלטוניים. עמדתי, אותה אבאר להלן, היא שניתן לסווג את האינטראקציה בין המדינה, לבין מפעילי הפלטפורמות המקוונות, לבין משתמשי הקצה – כמערכת יחסים הפועלת באופן ייחודי, כאשר "מקומה הגיאומטרי" של המדינה הוא באחת מהצלעות של משולש בין שלושת הגורמים הנ"ל, ובמסגרת זו גם למדינה עמדת השפעה שאין לבטלה (עיינו: Balkin, *Triangle*).

לשם הנוחות, מצורף כאן תרשים 1 – הדיאגרמה אותה הציג פרופ' Balkin במאמרו, וכן תרשים 2 המפשט אותה לצרכינו. התרשימים ממפים את משולש היחסים בין: משתמש הקצה – מפעילי הפלטפורמה – והרשות המדינתית, ומתארים את מערכת היחסים והכוחות בין כל הגורמים הללו, בהתייחסות לרגולציה 'קלאסית' שבה המדינה פועלת במישורין אל מול הפרט בשאלות של חופש הביטוי, ולרגולציה 'חדשה' המעצבת את היחסים בין המדינה לרשתות המקוונות, כאשר המדינה מבקשת לעודד את הפלטפורמות לפקח בעצמן על ביטויים אסורים, בדרך של משילות פרטית כביכול (Private Governance). זו התפתחה עם השנים, ומעצבת את היחסים בין המשתמש לפלטפורמה ואת הפיקוח של האחרונה על ביטויים ומידע (מה שהצבעתי עליו כתנאי השימוש ו"כללי הקהילה").

תרשים 1:

(עיינו: Balkin, *Triangle*, שם בעמ' 2014).

תרשים 2:

הנה כי כן, לגישתי, במצב דברים זה, שבו ישנה אפשרות כי פניותיה הוולונטריות של מחלקת הסייבר הן מזנק (Trigger) לפעולות ה"אכיפה" מטעם מפעילי הפלטפורמות המקוונות (שכאמור, אין בידינו נתונים כלשהם לגביהן) וכי לפניותיה של המחלקה תיתכן השפעה על שיקול דעתם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות – יש צורך בהסמכה סטטוטורית כלשהי לשיתוף הפעולה האמור.

אבהיר ואפרט הדברים מיד בסמוך.

"רגולציה הופכית" ופעילות מחלקת הסייבר

46. בנוהג שבעולם, מקובל כי המדינה היא שמסדירה ומכווניה את התנהגות הפרטים והגופים החיים בתוכה. האמצעי המקובל לכך הן נורמות בנות פועל תחקיתי (כמו: חקיקה ראשית וחקיקת משנה). לעתים קרובות, המדינה בוחרת להסדיר גם שווקים ומגזרי פעילות שונים שבהם פועלים "שחקנים פרטיים", בכך שהיא קובעת כללים החלים רק לגבי אותם שווקים, המכווינים את פעילות הצדדים הפועלים במסגרתם, ואף מבצעת אקטים של פיקוח ואכיפה כלפי פעילויות אלה. עם זאת, לפרקים, המדינה מאפשרת לגוף מאגד להסדיר את עצמו, בכפוף לאישור הרשות (כך נהוג, למשל, לגבי הבורסה לניירות ערך בע"מ). פרקטיקה זו, על היבטיה השונים, היא אחד ממובניו של מושג ה"רגולציה", אשר התפתח מאד במרוצת השנים האחרונות (על הרגולציה כמסגרת מושגית נפרדת במשפט הישראלי, ראו לאחרונה: נטע זיו "ביקורת שיפוטית פוגשת רגולציה: מיפוי מושגי ראשוני" בתוך: ספר אליקים רובינשטיין 1125, 1130-1136 (2021) (להלן: נטע זיו, רגולציה). ועיינו עוד:

Cass R. Sunstein, AFTER THE RIGHTS REVOLUTION – RECONCEIVING THE REGULATORY STATE (1990); איילת הוכמן, אלון חספר ודן לגרמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי", בתוך: מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 47, 48 (2016); שרון ידן רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים, 21-28 (2016) (להלן: ידן).

על-ידי יצירת כללים המעוצבים אד-הוק כלפי אותו מגזר פעילות, עלה קרנה של הרגולציה, אשר ביקשה להדריך את השחקנים הפועלים במגזר שוקי באמצעות מערכת כללים שנועדו להכווין "באופן אנכי" את התנהלות הצדדים הכפופים לה. כך נוצרו כללים המכווינים את: שוק הבריאות, המסחר, החיסכון, הביטוח, הבנקאות, האנרגיה ועוד. כללים אלה, אשר כוללים בתוכם דברי חקיקה ראשית, אך לעתים גם הוראות וצווים הניתנים מאת הרשות הרגולטורית בגדרן של תקנות – מלווים לעתים קרובות אף

במגנונים שונים לפיקוח ולאכיפה בדיעבד של ההסדרים הנוהגים. כפי שמצינת פרופ' נטע זיו, המעבר לעיסוק ברגולציה משקף שינוי בתפקידיה של הרשות המבצעת, שעיקרו בחלוקת תפקידים וכוח חדשים בין המדינה לבין הזירה הלא-מדינתית, כאשר בדרך כלל הכללים הרגולטוריים מגדירים את דרך הפעלת הכוח על-ידי הממשלה, אל מול הגורם המפוקח (יחיד או תאגיד), וכוללים שימוש בשפה, במונחים ובהגיון פנימי, אשר ניתן לזהותם כתחום ידע מובחן (ראו: נטע זיו, רגולציה, בעמ' 1128).

מודל הרגולציה שתואר לעיל משקף את האסדרה במובנה הראשוני והמוכר כ- "רגולציה של ציווי ושליטה" (Command & Control), שהיא המודל הקלאסי שבו הרגולטור גיצב "מעל" השחקנים הפועלים במגזר פעילות מסוים, מנחה אותם כיצד לפעול, ומבצע בדיעבד אכיפה של הכללים שאותם הוא, או המחוקק הראשי קבעו (להגדרות המודל המקובל של "ציווי ושליטה" ראו: נטע זיו, רגולציה, בעמ' 1142).

עם זאת, במרוצת השנים התפתחו מודלים מגוונים ומתוחכמים יותר של אסדרה, המחילים מגנוני אכיפה "רכים" יותר. זוהי "הרגולציה החדשה". כך, למשל, החל מסוף המאה שעברה אנו עדים להתפתחותה של רגולציה עצמית, בגדרה "ממליץ" המאסדר ל"שחקנים בשוק" לאמץ לעצמם מדיניות כללית כתנאי (לא הכרחי) להבטחת ניהולו התקין של השוק שבו מדובר (על "הרגולציה החדשה" – ראו: ידן, בעמ' 21-32; שרון ידן "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" דין ודברים ח 391, 409-410 (2015); נטע זיו, רגולציה, בעמ' 1142-1145).

47. התפתחות נוספת באה לידי ביטוי בעלייתו של החוזה הרגולטורי, המבסס את אלמנט ההכוונה הממשלתית על יסוד הסכמי בין הרגולטור לבין הגורם המפוקח. במסגרת החוזה הרגולטורי יש מעבר מהמודל ה"אנכי" למודל "אופקי" – בגדרו המדינה והגורם המפוקח נושאים ונותנים על התנאים שיחולו בין הצדדים, כאשר את הצדדים קושרת התקשרות חוזית, או מעין חוזית, כדברי חברתי הנשיאה א' חיות בפסקה 2 לחוות דעתה ב-בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (27.03.2016) (להלן: עניין מתווה הגז):

"שילוב זה שבין הוראות אסדרה ובין התחייבויות של תאגידים מסחריים כתחום שאליו נוגעות הוראות אלה, נושא סממנים מובהקים של "חוזה רגולטורי" שהינו תופעה משפטית חדשה יחסית, אשר אותרה לראשונה בארצות הברית בשלהי שנות התשעים של המאה הקודמת, ככלי המבסס הוראות רגולטוריות בתחומים שונים על יחסים חוזיים. אחד הסממנים הכולטים של

החוזה הרגולטורי בהבדל מחוזים שלטוניים אחרים, הוא זהות הצדדים לחוזה - "חוזה רגולטורי נערך בין רשות מנהלית בכוכעה כרגולטור, לבין תאגיד פרטי. [...] התבנית המשפטית של החוזה הרגולטורי הינה במידה רבה תולדה של האתגרים הניצבים בפני הרשויות בעידן המודרני בשל מורכבות הרגולציה הנדרשת בתחומים שונים, לרבות ואולי בעיקר בשווקים מפותחים וחופשיים המגבירים את הצורך ברגולציה מפקחת. על רקע זה התפתחו מודלים חדשים של הסדרה מנהלית ובהם רגולציה המבוססת על שיתוף פעולה עם גורמים פרטיים המעוגנת בחוזים. אחד היתרונות הטמונים במודל רגולטורי כזה הוא השגת שיתוף פעולה מרצון מצד הגורמים המפוקחים, אשר, מצדם, עשויים להפיק תועלת מפעילות המתואמת עם הגורם המפקח, בהבדל מהוראות כופות המעוצבות והנקבעות על-ידו באופן חד צדדי. ואולם, מודל החוזה הרגולטורי מעורר שאלות רבות בהיבטים משפטיים וציבוריים כאחד העשויות להשליך, בין היתר, גם על היקף הביקורת השיפוטית שיש להחיל לגבי מודל רגולטורי כזה..." (עיינו גם: ידן, בעמ' 38; ההדגשה בקטע המצוטט היא שלי – ח"מ).

48. המקרה שלפנינו מבטא יחסים שבין המדינה לבין גופים פרטיים (בעיקר חברות ענק רב-לאומיות), שאינם מתכנסים לכדי אחד מהמקרים המובחנים שנמנו לעיל, ואינם באים בגדרי אחת מתצורות הרגולציה הללו. ברי איפוא כי פניותיה של הרשות אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות אינן משקפות יחס של "ציווי ושליטה". מפעילי הפלטפורמות המקוונות אינם כפופים לרגולציה קשיחה, ותנאי השימוש ו"כללי הקהילה" שלהם נקבעים, כך נראה, על-ידי אותם מפעילים באופן עצמאי.

בספרות המשפטית מוכרת תופעה רגולטורית המכונה "רגולציה וולונטרית", בגדרה הגוף הפועל בשוק קובע לעצמו את אופן הפעולה שלו (ראו: יאיר עמיחי-המבורגר ואורן פרז "ניהול סביבתי עצמי: אפקטיביות, שינוי ארגוני ולקחים למערכת הרגולציה הסביבתית" מחקרי משפט כה 633 (2009); ועיינו גם בדבריו של ויסמונטקי, המסווג את מערכת היחסים בין המדינה למפעילים כמערכת "הסכמית": ויסמונטקי, אכיפה אלטרנטיבית, בעמ' 716-717). עם זאת, לגישתי, אין לפנינו מודל של "רגולציה וולונטרית" באופן מלא. על אף העובדה כי מפעילי הפלטפורמות המקוונות פועלים באופן עצמאי בעיצוב הכללים המסדירים את מישור היחסים בינם לבין המשתמשים, הרי בעת שהמשיבים מפנים את תשומת ליבם להפרות של הוראות הדין המקומי ושל תנאי השימוש ו"כללי הקהילה" שלהם, דומה כי בכל הנוגע למגזר הפעילות הפרטני בו עסקינן (הרשתות החברתיות ועולם התוכן הרשתית) – עדיין אין לשלול את ההשפעה האפשרית שיש לפנייה שכזו על מפעילי הפלטפורמות המקוונות וכן על חששם מפני הרשות, שיכולה לפעול להצרת

צעדיהם, בין בדרך של חקיקה ראשית, בין בדרכים מינהליות (עיינו והשוו: Hannah Bloch-Wehba *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the Global State* 72 SMU L. REV 27, 79 (2019) (להלן: Bloch-Wehba); קן-דוד פלדמן ואלקין קורן, בעמ' 31-32; Balkin, *Triangle*, בעמ' 2020).

49. הנה כי כן, המקרה שלפנינו משקף מודל חדשני שבמסגרתו אכיפת החוק ואסדרת מערכת היחסים בין השחקנים השונים בשוק, שהם: המדינה, המשתתפים ברשתות החברתיות (כותבי הפרסומים השונים וקהל הגולשים) ומפעילי הפלטפורמות המקוונות עצמם – נעשות כאשר המדינה ממלאת תפקיד של גורם מדוות, המפנה את דבר קיום ההפרות לכאורה – לעיונם ולהחלטתם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות. מסגרת פעילות זו, שניתן לכנותה "רגולציה הופכית", שכן ההחלטה הסופית היא בידי מפעילי הפלטפורמות המקוונות – איננה מגבירה ואיננה מפחיתה את הקשיים שמתעוררים תדיר ממודלים אחרים של רגולציה (כמו הפגיעה בחירות האישית ובאוטונומיה של פרטים הכפופים לרגולציה של "ציווי ושליטה", ובעיית כבילת שיקול הדעת של הרשות במסגרת החוזה הרגולטורי). יחד עם זאת, המודל של "רגולציה הופכית" מעורר שאלה יסודיות, הנגזרת משאלת הסמכות שהוזכרה קודם לכן – האם בהינתן שמדובר בפניות "וולונטריות" לא מחייבות מטעם הממשלה, ניתן בכלל לומר שמדובר ברגולציה? כלומר, האם בפניותיהן היוזמות של מחלקת הסייבר אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות, היא פועלת למעשה על-פי מודל רגולטורי "רך", הנוגע לאסדרה ולהכוונה של שוק – והאם יש לראות בפניות מעין אלו משום אקט שלטוני המצדיק הסמכה מפורשת בדבר חקיקה, אם לאו.

העמדה התיאורטית בדבר טיבה של "הרגולציה" (ככל שזו קיימת בנסיבות העניין), עשויה להיות בעלת השלכה על הניתוח המשפטי של חוקיות פעולת המינהל.

50. כפי שתואר לעיל, במצבים שבהם אין מדובר ב"אקט שלטוני מוסווה" וכופה למעשה, שדינו בטלות בשל היעדר הסמכה סטטוטורית, בהחלט ייתכן שפעולה וולונטרית לחלוטין, שתוצאתה תלויה לגמרי בהפעלת שיקול דעת עצמאי מטעם הגורם החיצוני אליו פונים – איננה טעונה הסמכה פרטנית ומפורשת לצורך זה בחוק, ולפיכך די יהיה, למשל, בסמכות השירות המוקנית לממשלה מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה. לשם הדוגמא, על-פי גישה זו – פניותיה של מחלקת הסייבר אל מפעילי הפלטפורמות החיצוניות אינן שונות במהותן, לדוגמא, מבקשות מטעם גורמי ביטחון ודיפלומטיה ישראלים ממקביליהם הזרים, כדי שיפעלו, למשל, להביא לסיכול מזימותיהם של גורמים זרים עוינים המבקשים לפגוע במדינת ישראל, בתו"ל, או בארץ (על פעולתן של רשויות מכוח ההסמכה הכללית שבסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, או מכוח סעיף 17 לחוק

הפרשנות – ראו: שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת, פירוש לחוק-יסוד: הממשלה פרק 18 (יצחק זמיר עורך, 2018) (להלן: שטרית)).

מנגד, ככל שמדובר בפעולה רגולטורית, שיש בה כדי להתערב בפעולה החופשית של השחקנים בשוק, או להגביל אותה – אזי ניתן להניח שעל המדינה ליישם את כללי המשפט המינהלי בהקשר זה (ראו: נטע זיו, רגולציה, בעמ' 1139).

51. להבנתי – כל עוד לא הוכח בפנינו אחרת (וכזכור, עתירה זו חסרה משיבים חיוניים לבירור הסוגיות שבמחלוקת) – המסגרת שבה מבצעת מחלקת הסייבר את פעילותה אכן יש בה, באופן פוטנציאלי ובמידה מסוימת, כדי להשפיע ולהכווין את פעילותם של השחקנים בשוק וליצור סביבה של "רגולציה הופכית".

טעם הדבר נעוץ בכך שלגישתי, בניגוד לאיצטלה שמשיבי הממשלה מבקשים לשוות לעמדתם – אין להחיל גזירה שווה בין פנייה הנעשית על-ידי אדם פרטי אל אותם מפעילי הפלטפורמות המקוונות, לבין פנייה הנעשית מטעם ארגון ממשלתי, המופיע בפני מפעילי הפלטפורמות המקוונות כ"שחקן חוזר" העלול גם לפעול נגדם במישורים אחרים. עמדתי לפיכך היא כי עצם האפשרות ש"חבר הרגולציה הכופה", אשר יכולה להישלף על-ידי הממשלה, או מי מטעמה, כלפי הפלטפורמות המקוונות, במקרה שמפעיליהן לא ימלאו תדיר אחר פניותיה – יש בה כדי ללמד על כך שלפנינו אקט שלטוני המצריך הסמכה חקיקתית כלשהי. אכן קיימת האפשרות כי המדינה תבקש לקבוע כללים נורמטיביים נוקשים, המחייבים את מפעילי הפלטפורמות המקוונות לציית לפניות המשיבה, שאחרת הם יהיו חשופים לנקיטת צעדים ועיצומים כאלה ואחרים, והיא מהווה מנוף לחץ, המעורר את החשש כי לפחות באופן פוטנציאלי – אין לפנינו שיתוף פעולה וולונטרי לחלוטין בין המדינה לבין הגורם הפרטי-מסחרי (לניסיון לבצע רגולציה הנוגעת להגבלת פרסומים בפלטפורמות המקוונות ראו למשל: הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מעוול), התש"ע-2010; הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – איסור לשון הרע ברשת האינטרנט), התשע"ה-2015; הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – תיקון לשון הרע ברשת האינטרנט) התשפ"א-2020). כנגד זאת עיינו בחוק זכויות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ט-2019 (פורסם בס"ח 2777 מתאריך 09.01.2019, אשר נחקק בעקבות הערות בית המשפט ב-ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פ"ד סה(3) 521 (2012) (להלן: עניין פרמייר ליג)).

אביא בהקשר זה מדבריהן של דלית קן-דודור פלדמן וניבה אלקין קורן:

"הפלטפורמות שהן חברות מסחריות החשופות להפעלת הכוח השלטוני, נתונות לאיום שאם לא תשתפנה פעולה

עם נוהל האכיפה האלטרנטיבי, הן עלולות להידרש לבצע פעולות אכיפה בעקבות שינויי חקיקה, באופן שיותר להן פחות גמישות ושיקול דעת" (ראו: קו-דרור פלדמן ואלקין קורן, בעמ' 38).

בהקשר זה, ראו גם את דברי הוועדה לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור ונושאי משרה בשירות הציבור מפני פעילות ופרסומים פוגעניים כמו גם בריונות ברשת האינטרנט – דין וחשבון (2020) (להלן: דו"ח ועדת ארבל), אשר קבעה כדלקמן:

"יש לזכור כי הכינוי הסדרה "וולנטרית", אשר לעתים נעשה בו שימוש כדי לתאר את פניית הרשות בבקשה להסיר תכנים, אינו הולם לחלוטין את הסיטואציה אותו הוא מתיימר לתאר. אכן, לפלטפורמות השונות שמורה הזכות לסרב לבקשתה של המדינה להסרת תכנים, ואולם אין ספק כי לפנייה מדינתית יש משקל משמעותי, כבד בהרבה מזה של פנייתו של אזרח. משאלה פני הדברים השימוש בכלי זה צריך להישמר למקרים חריגים. דרישת הסף לקיומה של עבירה פלילית נראית כנקודת איזון מתאימה" (ההדגשה שלי – ח"מ).

כמו כן ראו את דברי ראש מחלקת הסייבר, ד"ר חיים ויסמונסקי הסבור כי:

"ההבחנה בין פעולות התגוננות וולונטריות-הסכמיות לבין פעולות מכוח הוראה כופה אינה דיכוטומית [...] ספקיות השירות, מצדן, חוששות מפני שינויי חקיקה שירחיבו את סמכויות המדינות להטיל עליהן הוראות כופות שיתערבו באופן שבו הן מווסתות את התכנים המפורסמים באמצעותן. החשש האמור מדרבן את הספקיות להגביר את שיתוף הפעולה הוולונטרי הסכמי עם המדינות [...] בכך מתערער במידה מסוימת יסוד הוולונטריות וייתכן להציג את המהלך כמהלך כופה של המדינה, גם אם סמוי במידת מה" (ויסמונסקי, אכיפה אלטרנטיבית, בעמ' 722-723).

52. כאן המקום להבהיר כי במסגרת העתירה שלפנינו, משלא צורפו מפעילי הפלטפורמות המקוונות כמשיבים לעתירה, הרי שאפשרות זו היא לכאורה בגדר חשש תיאורטי בלבד, שאין בידינו הכלים ללבנו כראוי. בהחלט ייתכן, כי אותם תאגידיים רב-לאומיים חזקים, המפעילים את הפלטפורמות הנ"ל – כבואם לבדוק פניות הנוגעות להפרת "כללי הקהילה" ותנאי השימוש שלהן – פועלים ללא מורא מפני הפרט שעלול להיפגע או מפני הרשות המינהלית (לעמדה הרואה בפעילות מפעילי הפלטפורמות המקוונות כבלתי תלויה בפניותיהם של הגורמים הממשלתיים, עיינו: Alan Z. Rozenshtein, *Surveillance Intermediaries*, 70 STAN. L. REV. 99, 154 (2018)).

53. המסקנה העולה מדברים אלה היא כי על אף שלא הונחה בפנינו ראשית ראיה לכך שבשיקול הדעת אותו מפעילה מחלקת הסייבר נפל פגם כלשהו – העובדה כי היא מעבירה ולו זמנית את ההכרעה בעניין למפעילי הפלטפורמות המקוונות, שהם גופים אזרחיים המבקשים לנהל עם הרשות, ככזו, יחסים תקינים, מעוררת את החשש כי בפועל פניותיה של המחלקה משפיעות על שיקול דעתם של אותם מפעילים. לכן, לעמדתי, יש בפעולות מחלקת הסייבר משום אקט שלטוני, המחייב הסמכה, ולו כללית.

אם נוסיף לכל האמור לעיל את העובדה, שנדמה שאין לגביה חולק, כי הגבלת הפרסומים, או הסרתם, הנעשית מטעם מפעילי הפלטפורמות המקוונות, עלולה להביא בסופו של יום להצרה של זכויות יסוד מוקנות של המפרסם (כאמור, ככל שמדובר בגורם אנושי), ובראשן של הזכות לחופש ביטוי – הרי שברי כי יש בפעולות המחלקה אפילו במסגרת של "רגולציה הופכית" כדי להשפיע, גם אם לא באופן ישיר, על הגבלתן של זכויות יסוד מוגנות אלה.

54. סיכומם של דברים, המשיבים הרחיבו בתגובה המקדמית מטעמם על כך שיש להכיר בכך כי לדעתם: "פעולת מחלקת הסייבר באפיק הוולונטרי להעברת דיווחים כאמור על פרסומים המהווים עבירות לכאורה ומפרים את תנאי השימוש שנקבעו על-ידי החברות עצמן, אינה כרוכה בהפעלת סמכות שלטונית" (ההדגשה הוספה – ח"מ). דומה כי כוונת המשיבים היתה לומר כי אם אכן אין מדובר בהפעלת סמכות שלטונית, אזי אין כל דרישה לקיומו של עקרון חוקיות המינהל לגביה – ובכללם הצורך בהסמכה בדבר חקיקה פרטני ומתן פומביות לכללים שעל-פיהם פועלת הרשות.

אני גורס אחרת כאמור, ולכן הארכתי בדברים לגבי זיהוי התנהלות המחלקה במסלול האכיפה הוולונטרי כהפעלת כוח מסוימת בשדה הרגולטורי.

יש לכך סיבה נוספת. ההגות העדכנית בתורת הרגולציה רואה את "השינוי בפרדיגמת הכוח" שעליו הצבענו, כאחת ההתאמות המרכזיות שעל המשפט המינהלי לסגל לעצמו בעידן המודרני. אם ניקח את המקרה שלפנינו כדוגמא, הרי שעלייתן של הפלטפורמות המקוונות, אשר מספקות תשתית נוחה, זמינה ויעילה להפצת מסרים ותוכן מכל סוג שהוא – יוצרת שינוי ביחסי הכוחות, בו מספר מצומצם של גורמים פרטיים רב-לאומיים מחזיקים בידיהם כוח עצום לנהל את "כיכר השוק" בכל הנוגע להתלפת דעות ומסרים, ומאידך – כל אדם המחזיק בידו מקלדת (או מסך מגע), יכול להפיץ מסרים פוגעניים, מסיתים ואלימים וכן טרור, תוך שימוש בזהות בדויה או פיקטיבית, ובכך ליצור "כשל שוק" ובעיות אכיפה משמעותיות (עיינו והשוו: Terry Flew, Fiona Martin &

Nicolas Suzor *Internet Regulation as Media Policy: Rethinking the Question of Digital Communication Platform Governance* 10 J. DIGITAL MEDIA POL. 33 (2019); Bloch-Wehba, 71-78.

55. לנוכח עלייתם של גורמים שונים הפועלים בשווקים בתצורות ובאופנים שלא היו קיימים בעבר, ד"ר יובל דויטמן סבור כי ראוי: "להבחין בין נסיבות שבהן יש צורך בריסון כוח שלטוני, שנעשה בו שימוש לרעה, לבין נסיבות שבהן על הביקורת השיפוטית לתמרץ את הפעלת הכוח השלטוני, שכן דווקא מחדלה של המדינה הוא הפגום" (יובל דויטמן "המשפט המינהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל 219, 234 (2017) (להלן: דויטמן) (ההדגשה שלי – ח"מ).

בהיבט זה יש לבחון אף את השלכות פעולות הגופים הפועלים בשוק (במקרה שלפנינו – מפעילי הפלטפורמות המקוונות), ביחס לציבור הרחב. פרופ' נטע זיו מביאה כדוגמא לכך את עמדת השופט י' זמיר ב-בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001), אשר סבר כי לנוכח כוחן העודף של חברות הביטוח באותה עת, יש לקבוע "הסדר על" בנושא, שיגן באופן טוב יותר על ציבור המבוטחים. לכן, לצד העובדה כי לפנינו מקרה מיוחד שבו חלה אסדרה "הופכית", שבה הרשות הרגולטורית מכפיפה עצמה (לכאורה) להחלטות השחקנים בשוק, הרי שאין מחלוקת כי קיים צורך בהסדר מוסכם לגבי התנהלות השחקנים הראשיים והמשתמשים ברשתות החברתיות, ולפיכך בפעולותיה של המחלקה במישור האכיפה הוולונטרי – היא ממלאת את תובתה לפעול לסיכול ולמניעת עבירות פליליות, וזאת באופן מהיר ויעיל.

56. האמור עד הנה מלמד, עם זאת, כי מכוח עקרון חוקיות המינהל נדרשת גם במקרה שלפנינו הסמכה פורמאלית המאפשרת את פעילותה של מחלקת הסייבר. הנה כי כן פעולותיה במסגרת מסלול האכיפה הוולונטרי עשויות להוות משום אקט מינהלי בעל משמעות אופרטיבית. על כן, בהתאם למושכלות היסוד של המשפט המינהלי, לשם הקביעה כי פעולותיה של מחלקת הסייבר הן חוקיות, יש למצוא להן הסמכה בחוק, ולו כללית.

לכך אפנה מיד ובסמוך.

פעולותיה של מחלקת הסייבר מכוח הסמכות השיורית של הממשלה

57. בתי המשפט נדרשים לא אחת ליתן מענה למקרים שבהם נטען כי רשות מינהלית איננה מבצעת את המוטל עליה לפי חוק. אבן הבותן שגובשה לכך בפסיקה, נוגעת

ל"התנערות" מוחלטת של הרשות מתובתה זו, או הימנעות מקיום חובותיה באופן כלתי-סביר (ראו: בג"ץ 6579/99 פילבר נ' מדינת ישראל (01.11.1999); רויטמן, בעמ' 265-266). זהו היבט נוסף שבו העתירה שלפנינו יוצאת דופן. במקרה שלפנינו אנו נדרשים לדון בטענות ל"אכיפת-יתר" שמבוצעת לכאורה מטעם המשיבים. אם בדרך כלל עמדת בית המשפט היא כי תפקידו איננו "לבוא במקום הרשות המוסמכת ולקבוע בעבורה תכנית פעולה לאכיפת החוק" (בג"ץ 551/99 שקס בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 112 (1999)), הרי שבעתירה דנן עלינו לבחון האם תכנית הפעולה של המחלקה אכן הולמת את סמכויותיה המוקנות.

טרם שאנו נכנסים לטרקלין הדיון בסוגיה זו – עלינו להציג בפרוזודור עוד מספר נתוני רקע, וכך אעשה מיד בסמוך.

58. האינטרנט, על יתרונותיו וחסרונותיו שאוזכרו לעיל, יצר מרחב שבו הנגישות לרשת והפעילות שם הם כדברי חברי, השופט נ' סולברג בעניין איגוד האינטרנט הישראלי:

"בכל רחבי תבל, אך מציאותו היא ב'שומקום'" (שם, בפסקה 22 לחוות דעתו).

יתר על כן, במצב דברים זה, שוב בציטטה מחברי שם:

"מפרי-החוק מסתגלים לקידמה מהר יותר מאוכפיו [...] לראשונים אין עפבות; לאחרונים יש".

במצב דברים זה המשפט הפלילי והאזרחי אינם נותנים כיום מענה מספק לעבירות ולעוולות המתבצעות באמצעות האינטרנט, ולכן יש הסבורים כי נוכח טיבו הווירטואלי של המרחב האמור – אין להחיל כלל חוקי מקום, זמן ומדינה על הרשת (ראו: יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" מחקרי משפט כג(1) 259 (2006); מיכל אגמון-גונן "האינטרנט כעיר מקלט? הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע 207 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, התשע"א); עיינו גם: ויסמונסקי, אכיפה אלטרנטיבית, בעמ' 692-704).

פתרונות מסוימים לקשיים הללו הוצעו לא מזמן בספרות, תוך שימוש בטכנולוגית הענן (עיינו: Yochai Benkler, "Degrees of Freedom, Dimensions of Power", 145 DAEDALUS 18 (2016) וכן בפסיקה שלנו.

בפסק דין שניתן לפני כשלוש שנים על-ידי חברתי הנשיאה א' חיות (בהסכמת חברתנו השופטת ע' ברוך) ועל-ידי ב-רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו (31.05.2018) (להלן: עניין פייסבוק), נקבע כי "כללי הקהילה" של פייסבוק מהווים חוזה אחיד בין פייסבוק לבין משתמשי הרשת, והדבר פתח אפשרויות רבות לאכיפה (כן עיינו והשוו: רע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (08.01.2020)).

יחד עם זאת, ההתקדמות ההלכתית, הנעשית, מעצם טיבה וטבעה, "מלמטה למעלה" (מהערכאה המבררת – עד לבית המשפט העליון) – איננה יכולה להספיק ולעצור את "השחקנים הרעים" הפועלים ברשת.

נוסף לכך, הביזוריות בהפקת התוכן ובדרך הפצתו הווירטואלית באינטרנט מכבידה מאוד על אכיפה בדרך המסורתית של העמדה לדין, מה גם שהאנונימיות ברשת מקשה על זיהוי העבריינים והמעוולים (ראו למשל: עניין מור). אתגר נוסף לאכיפה הוא הגלובליות של הרשת. כך, למשל, עולות סוגיות משפטיות שונות הנוגעות לתחולתו של הדין המקומי על עבריינים לכאורה, אשר לא ברור כלל האם הם אזרחי המדינה או תושביה, או אם הם פועלים מתוך הגבולות הטריטוריאליים של המדינה. יתר על כן, לאור אופיה הגלובלי של רשת האינטרנט, ייתכן כי ביטוי שנחשב כעברייני לכאורה בשיטת משפט אחת, איננו מהווה ביטוי אסור במדינה אחרת (עיינו: קן-דרור פלדמן ואלקין קורן, בעמ' 35). בנוסף לכל האמור – בארה"ב, למשל, למפעילי פלטפורמות מקוונות מסוימים מוקנית חסינות (עיינו: Madeline Byrd and Katherine J. Strandburg, "CDA 230 for a Smart Internet", 88 FORDHAM L. REV. 405 (2019)), וייתכן שהיא אקס-טריטוריאלית.

הנה כי כן, לשם מציאת תשובות למרבית הבעיות הללו – נוצר מנגנון האכיפה הווירטואלי.

מהו, איפוא, מקור הסמכות לפעולות מחלקת הסייבר במסגרת מנגנון אכיפה זה?

59. מקור הסמכות העיקרי נעוץ בסמכות השירות המוקנית לממשלה מכות סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה.

כפי שנרמז לעיל, היקף הסמכויות המוקנה לממשלה רחב הרבה יותר מהיקף הסמכויות הפרטניות שהמחוקק העניק לה באופן מפורש, וכך, מטבע הדברים, הממשלה עוסקת יום ביומו במגוון של פעולות "חובקות עולם ומלואו" שאין להן אחיזה פרטנית מפורשת בחוק (ראו: זמיר, בעמ' 419). מכלול פעולות אלה נעשה כאמור מכוח עקרון הסמכות השיורית של הממשלה, המעוגן בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה. מובנה הישיר של הוראה זו הוא כי בהיעדר הוראה אחרת המעניקה סמכות לרשות כלשהי – הממשלה מוסמכת לפעול בשם המדינה.

מהותו של עקרון הסמכות השיורית של הממשלה נובע מההיקף העצום של פעולות המינהל, מהאופי המפתיע של ההתפתחויות בחיי המעשה, כמו גם מההכרה שהחקיקה איננה מסוגלת להדביק את קצב ההתפתחויות הטכנולוגי (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 139 (כרך א', 2010) (להלן: ברק-ארז); שטרית, בעמ' 561-562). עמדתי על כך בעניין פריימור ליג, שם התבטאתי כדלקמן:

"ידוע הוא שהטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים חדשים (משל אלה היו יין ישן המשתבח עם הזמן, וזקוק רק לכלי מודרני יותר. השוו: (Stephen Breyer ACTIVE LIBERTY 64 (2009))."

הוסיף על כך חברי, השופט נ' סולברג, בעניין איגוד האינטרנט הישראלי כשדרש כך:

"בידוע, כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע וישומיו".

60. תוקפה ותחולתה של הסמכות השיורית פורשו במספר פסקי דין שניתנו מאת בית משפט זה. כך, למשל, בעניין מתווה הגז, קבע בית משפט זה כי:

"המונח 'סמכות שיורית' אינו מלת קסם ואינו מפתח לכל שער; הוא נבחן כתום בחינתן של הסמכויות הישירות, ואינו צריך להיות עמום" (בפיסקה קמ"ב לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין).

באותה פרשה נפלה מחלוקת בין שופטי ההרכב, בין היתר, לגבי השאלה האם עריכת מתווה לטיפול במשאב טבע חיוני שנמצא בהיקפים גדולים בחופי המדינה במסגרת של החלטת ממשלה, חורגת מסמכותה השיורית של הממשלה, ומחייבת

שמתווה זה ייקבע בחקיקה ראשית פרטנית, בין היתר גם לנוכח היותו הסדר ראשוני. בדעת הרוב נקבע כי אין מדובר בהסדר הטעון חקיקה ראשית מפורשת (ראו: עניין מתווה הגז, בפסקה 11 לחוות דעתה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות; בפסקאות 10-14 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; בפסקאות 50-62 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג; לדעת המיעוט, אשר סברה כי יש לקבוע את ההסדר בחקיקה ראשית מפורשת וייחודית, ראו: פסקאות קכ"ז-קמ"ג לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; בפסקאות 3-13 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן. עיינו גם: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1), בפסקה 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מ' חשין (2006)).

עוד נקבע בפסקה כי אין ביכולתה של הממשלה לפעול מכוח סמכותה השירותית כדי לפגוע בזכויות יסוד מוקנות של פרטים, המעוגנות, או משתמעות מחוקי-היסוד. כך למשל, ב-בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999), אשר עסק בסמכותו של שירות הביטחון הכללי לבצע חקירות בכלל, ובשיטות חקירה מיוחדות, הכוללות שימוש באמצעים פיזיים בפרט, הנשיא א' ברק פסק כי: "סמכותה השירותית של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות השירותית של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מינהלי' [...] 'חלל מינהלי' כזה איננו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת".

יחד עם זאת, חשוב לציין כי עד לחקיקת חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, נראה כי סמכותו הכללית של שירות הביטחון הכללי לפעול בתחום פעילותו נבעה מעקרון הסמכות השירותית (ראו: ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת – דין וחשבון, בעמ' 41 (1987)), וסמכויות המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים נשענות עד היום על מקור סמכות זה.

61. באופן פרטני, ביחס לפגיעה בחופש הביטוי, נקבע עוד קודם לכן, בעניין פדרמן, כי אין לפגוע בזכות מוקנית זו מכוח ההסמכה הכללית שבעקרון השירותיות:

"יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר שהפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו. כך הדבר לגבי זכויות יסוד שהן חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, בין שהוכללו בחוק יסוד ובין שטרם נעשה כן. כך, לא תהיה, לדוגמה, בידי הממשלה סמכות לסגור עיתון על יסוד החלטת ביצוע מינהלית, אם לא תהיה הוראת חוק

מפורשת המסדירה נושא כגון דא, ואף אם טרם הוחק חוק יסוד המגדיר את חופש הדיבור; מעשה כאמור ינגוד תפיסות היסוד שלנו בדבר חירויות האדם הטבועות במשטרנו, ואשר ניתן להגבילן רק בחוק חרות [...] משמע, זכות היסוד של חופש הדיבור, שהיא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, יוצרת סייג הכובל את ידיה של הרשות המבצעת ואינו מתיר לה לחרוג, ללא הסמכה שבדין, מן האיסור לפגוע בחירות המוקנית על פיו" (שם, בעמ' 652; ההדגשה הוספה – ח"מ; וראו גם זמיר, בעמ' 421-423).

אכן, הגבלות אלה על הסמכות השיוורית של הממשלה, נועדו לוודא כי ההסמכה הכללית והרחבה שמעניק סעיף זה שבחוק-יסוד: הממשלה, איננה שותקת לגמרי את עקרון חוקיות המינהל, ואיננה דוחקת את הערכים החוקתיים הניצבים בבסיס השיטה (ראו: ברק ארז, בעמ' 139-143).

62. הסקירה שלעיל מעוררת איפוא את השאלה – האם פעילות מסלול האכיפה הוולונטרי של מחלקת הטייבר מהווה חריגה מעקרון הסמכות השיוורית של הממשלה, באופן המחייב חקיקה ראשית פרטנית שתסדיר פעילות זו, ככל שהיא פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות.

התשובה שיש לדעתי ליתן לשאלה זו היא שלילית בנסיבות. בעת הזו, ובהתאם לתשתית הראייתית שהוצגה בעתירה – אין מקום לקבוע שפעילות מחלקת הטייבר איננה חוקתית. לעמדתי, על אף שאין לדחות את האפשרות כי פעילות מחלקת הטייבר היא בעלת תוקף אופרטיבי, בכך שהיא מחוללת תהליך שבסופו עשוי להתבצע אקט ממשי של הסרת פרסומים או מניעת נגישות – אינני סבור כי במרבית המישורים שבהם פועלת המחלקה, יש משום פגיעה בזכויות יסוד במשמעות המקובלת (ולגבי המקרים החריגים – עיינו בהערותיי בפסקה 73(ב) שלהלן).

אסביר ואפרט הדברים מיד בסמוך.

63. מהי פגיעה בזכות חוקתית? עיון בפסיקתו של בית משפט זה מעלה כי שאלת הפגיעה בזכות החוקתית לא עוררה עד כה קשיים של ממש. ב-רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 398 (2003) נקבע, למשל, כי פגיעה עניינה בהיעדר יכולת לממש את מלוא היקפה של הזכות החוקתית (ראו גם: אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119 (2018) (להלן: ברק, הזכות החוקתית)). לגישתו של פרופ' ברק, בחינת קיומה של פגיעה בזכות החוקתית היא כמעט בלתי-מותנית בנסיבות העניין, ואלה דבריו:

"פגיעה מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת על בעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה או מונעת זאת ממנו. פגיעה מהווה כל גריעה ממימוש מלא של הזכות. אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה נעשתה מתוך אשמה (כוונה, פזיזות, אי-אכפתיות, התרשלות) או ללא כל אשמה; אם הפגיעה קשה או קלה; אם היא בליבת הזכות או בשוליה; אם היא נעשית בדרך של מתדל או בדרך של מעשה; אם היא ודאית או שקיים אך סיכוי – שאינו של "מה בכך" – להתממשותה. כל פגיעה, יהא היקפה אשר יהא, מעבירה את הבחינה החוקתית מהשלב הראשון לשלב השני, אלא אם הפגיעה היא של "מה בכך" (זוטי דברים; de minimis)" (ברק, הזכות החוקתית, בעמ' 148).

64. יחד עם זאת, ניתן למצוא בפסיקה הדים לגישה החולקת על היקפו הרחב של מושג הפגיעה בזכות, כפי שהוא מוגדר לעיל. כך למשל, ב-ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), ציין הנשיא מ' שמגר, בהקשר לפגיעה בזכות הקניין כי: "פגיעה בקניין לצורך העניין שלפנינו הודגמה על-ידי הפניה לאקטים חקיקתיים בעלי השלכות אישיות מהותיות, למשל אלו שמכוחם מופקע רכושו של אדם, ללא פיצויים נאותים, בשרירות או תוך הפרה מהותית אחרת של זכויותיו" (שם, בעמ' 332; עיינו גם בדברי השופטת א' פורקצ'יה ב-בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 852-854 (2008) ועיינו גם בדברי הנשיא א' גרוניס ב-בג"ץ 2442/11 עו"ד חיים שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד סו(2) 640 (2013)).

ביקורת אפשרית אחרת על הגישה המרחיבה שהוצעה על-ידי פרופ' אהרן ברק, הזכיר פרופ' ברק מדינה. על-פי גישת האילוף הדאונטולוגי המוצגת בספרו, פגיעה בזכות חוקתית איננה מתייחסת רק לרכיב התוצאתי של המעשה (דהיינו, בכך שמימושה המלא של הזכות הוגבל), אלא קשורה גם למרכיב שעניינו הערכה של סוג הפעולה והסיבות שבגינן נגרע האינטרס המוגן. בהקשר לענייננו, פרופ' מדינה הסביר כי על מנת שפעולתה של הרשות השלטונית תעלה כדי פגיעה בזכות מוקנית, נדרשת: "פגיעה מכוח מעשה מכון, שתוצאתו ודאית ושבנסיבות העניין יש בה משום הפרה של אילוף מוסרי בדבר היחס הראוי בין השלטון ובין הפרט" (ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל, 88 (2016); ההדגשה הוספה – ח"מ).

65. מטבע הדברים, המחלוקת הנ"ל עשויה להיות רלבנטית לעניין דיות הסמכות השיורית של הממשלה כמקור סמכות לפעילותה של מחלקת הסייבר, ואולם אין לנו צורך להכריע כאן בין ההשקפות השונות ממספר סיבות:

(א) במקרה שלפנינו נראה שכולי עלמא לא פליגי, כפי שכבר ציינתי לעיל בפיסקה 21, כי לרובוטים וליצגנים – אין זכויות אדם, ולכן אין מה לדבר על פגיעה בזכויות שלהם לחופש הביטוי, והרי חלק מהפרסומים הפוגעים נובעים מבוטים ומיצגנים כאלה. עם זאת, לעמדתי, כאשר קיים ספק אם הפעולה עלולה להביא לפגיעה אמיתית בזכויות יסוד, יש להפעיל זהירות יתרה, כאמור בפיסקה 73(ב) שלהלן.

המקרה של האכיפה ברשתות החברתיות הוא ייחודי, והוא שונה מטיבו ומטבעו מהפרדיגמה החוקתית, או המינהלית הקלאסית, בגדרה ניצב הפרט מול השלטון

(עיינו והשוו: Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J.L. & TECH, 48-54 (2003)). כפי שתיאר זאת פרופ' Balkin – בעידן המידע, בשאלות של חופש הביטוי וכן בסוגיות אחרות, נוצר משולש יחסים: בקודקוד אחד נמצאת המדינה, בקודקוד השני ניצבות חברות אינטרנט פרטיות ופלטפורמות שונות, ובקודקוד השלישי עומד הפרט (או הארגון) הדובר (שם, בעמ' 2014 למאמרו). לגישתי, במשולש כוחות ייחודי זה, כאשר המדינה איננה דורשת או כופה הסרה או הגבלה של ביטוי, ומפעיל הפלטפורמה המקוונת הוא שמסיר את הפרסום על-פי שיקול דעתו – אין לומר שהמדינה היא הפוגעת בזכות, ולנפגעים עומדות ממילא תרופות אחרות, לרבות כנגד מפעילי הפלטפורמות המקוונות.

(ב) במקרה שלפנינו, מעורבותה של המדינה בהבטחת, או בהגבלת הביטוי הפוליטי – קלושה, שכן היא איננה מספקת כלל את התשתית להבעת הביטוי הפוליטי (הדבר נעשה, כאמור, על-ידי מפעילי הפלטפורמות המקוונות).

66. בכל הנוגע לטענת היעדר ההסמכה – העותרים הביאו כדוגמא את עניין איגוד האינטרנט הישראלי, שבו נקבע כאמור כי אין לקצין משטרה סמכות להורות על סגירת "מקום הימורים" הפועל ברשת, בין היתר לנוכח האפשרות כי הדבר מביא לפגיעה בחופש העיסוק ובחופש הביטוי של מפעילי האתר ומשתמשיו. יחד עם זאת, לגישתי, המקרה המדובר – שונה לחלוטין מהמקרה שבפנינו ממספר נימוקים:

ראשית, מפני שבאותה פרשה דובר בפעולת סגירה שמבצע אקטיבית גורם מינהלי, אשר לו, ולו בלבד שיקול הדעת איך וכיצד לפעול, ולהורות לספק הגישה לאתר ההימורים – שלא לאפשר גישה לאותו אתר. במקרה שלפנינו, אין חולק כי הסמכות

להפעיל את שיקול הדעת נתונה בידי הגורם האזרחי אליו פונים – מפעילי הפלטפורמות המקוונות (לאפשרות כי מדובר באצילת סמכויות אסורה, השוו: עניין איגוד האינטרנט, בפיסקה 15 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן).

שנית, ובהמשך לדברינו על הפגיעה בחופש הביטוי כזכות יסוד חוקתית, הרי שגם בעניין איגוד האינטרנט הישראלי קבע השופט ע' פוגלמן כי: "לעניין אתרי ההימורים – ולעניין זה בלבד – סבור אני, כאמור, כי הפגיעה בחופש הביטוי כתוצאה מחסימת התכנים החוקיים שהם חלק מאתרי ההימורים – הינה בעלת עצמה מוגבלת, אם בכלל" (שם, בפיסקה 10).

בהערה מוסגרת אציין כי גם פרשת מור (שבה נקבע כי אין לקבוע על דרך של "חקיקה שיפוטית" סמכות להוצאת צו לחשיפת זהותו של גולש אנונימי) – איננה יכולה לסייע לעותרים כמקור לקביעה שהיעדר הסמכה חקיקתית לפעילות המגבילה – מאינת את ההתנהלות. פרשה זו עסקה בגבולות הפרשנות, ובפרט בגבולות "החקיקה השיפוטית", המצויה בידי בית המשפט, ולא בסמכות הרשות המבצעת.

67. בדומה לכך יש לאבחן גם אסמכתאות נוספות, שאליהן הפנו העותרים, כמפורט להלן:

(א) בעניין כהנא היה מדובר במניעה מוקדמת ואילו במקרה שלפנינו העבירות לכאורה כבר נעשו, והמטרה היא לסכל את המשך ביצוען ואת נזקיהן (להבחנה זו – עיינו: אביגדור קלגסבלד "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת" פלילים ב' 93 (1991)).

(ב) בעניין מנאע מדובר היה בפעילויות שמגבילות את חופש התנועה (הצבת מחסומי דרכים) שנעשו על-ידי המשטרה. כאן הפגיעה, ככל שיש כזו, מתבצעת על-ידי מפעילי הפלטפורמות המקוונות, ולא על-ידי הגוף השלטוני, מה גם שהנפגעים בכוח נחשבים כמסכימים לתנאים של "כללי הקהילה" (בכפוף לכך שאלה הם בבחינת חוזה אחיד, כפי שנפסק בעניין פייטבוק).

(ג) בעניין המועצה האזורית חוף עזה פורש סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה ואושר תשלום מקדמות למבקשים להתפנות מרצועת עזה ומצפון השומרון מרצון, שכן מדובר היה בסמכות ביצוע שאין לגביה כל הסדר שבחוק ולפיכך הסמכות

השיורית של הממשלה חלה. הוא הדין במקרה שלפנינו לגבי הפנייה הוולונטרית של המחלקה למפעילי הפלטפורמות המקוונות (השוו: דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 64-65 (2009)). אף חוק סמכויות מניעת עבירות איננו הסדר שלילי לעניין זה, שכן הוא לא מסדיר כלל את נושא הפניות הוולונטריות.

68. זאת ועוד – אחרת. באותם מקרים שבהם הסמכות השיורית איננה יכולה לסייע, סמכות העזר שמכות סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות נכנסת לפעולה. במקרים אלה ובנסיבות המתאימות לנושא שבפנינו, הסמכות הראשית לביצוע האכיפה הוולונטרית נובעת מסמכויות האכיפה הכלליות שבידי היועץ המשפטי לממשלה – מכות דיני סדר הדין הפלילי, דיני העונשין וסעיף 13 לחוק הפרשנות (כנטען על-ידי המשיבים), או מתוקף סמכותו הכללית של שר המשפטים שבחוק סמכויות מניעת עבירות, לרבות סעיף 16 שבו (השוו: בר"ש 1190/18 ועדת האתיקה המחוזית של לשכת עורכי הדין – מחוז תל-אביב נ' עורך דין דוד ידיד (28.03.2019)).

אף הטענה שהרשות המבצעת מסיגה כאן, כביכול, את סמכות הרשות השיפוטית בקובעה כי בוצעה לכאורה עבירה פלילית על-ידי המפרסם – איננה מבוססת. לפרקליטות יש סמכות כזו והיא נוהגת כך כעניין שבשגרה, למשל, בהגשת כתבי אישום כשיש סיכוי סביר להרשעה. מעבר לכך – מאז פסק הדין ב-בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337 (1972) התקבלה אצלנו התפיסה כי ניתן לקבוע "עבר פלילי", על בסיס מבחן הראיה המינהלית וזאת אף ללא הרשעה (לסקירה מקיפה בנושא – עיינו: רון שפירא מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית: ראיות מינהליות לביצוע עבירה פלילית – הצורך בהליך מינהלי הוגן (התשע"ט-2019), ואכן לעיתים אין ניתן למצוא את העברייני, או להביאו לדין, ועדיין מסתבר כי לכאורה בוצעה עבירה – וניתן לייחס נפקות לדבר ובוודאי לנסות ולסכל את הנזק, או את המשך הנזק.

זה המקום להוסיף כי ברוב המקרים הנ"ל אין מה לדבר על מתן זכות טיעון קודם לנקיטת הפעולה המינהלית, כי הנפגע (בין מחמת כך שהוא אנונימי, או לא ניתן להשגה) ממילא איננו בנמצא (עיינו והשוו: ע"א 5739/18 מפעילי האתר www.oligarchescorts.com נ' מדינת ישראל (15.10.2018); וכן ברק-ארז, בעמ' 499).

69. ומהתם – להכא, לעניין שלפנינו.

לגישתי, כל עוד לא הוכח לפנינו כי פעולותיה של מחלקת הטייבר הן שמביאות באופן ישיר וודאי לפגיעה בזכויות יסוד, וכל עוד לא הונחה בפנינו תשתית ראייתית

המעלה כי שיקול דעתם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות בפועל איננו עצמאי – הרי שפנייה וולונטרית מטעם המחלקה אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות – איננה אסורה. במקרים אלה קשה לראות בפעולות הרשות משום פגיעה מכוונת בזכויות יסוד, באופן השולל את סמכות מחלקת הסייבר לפעול לסיכול פרסומים העולים לכאורה כדי עבירה פלילית.

כאן המקום להזכיר שוב כי אחוז גבוה מאוד מהפרסומים שהסרתם, או הגבלתם התבקשו על-ידי מחלקת הסייבר, עסקו בעבירות של אלימות וטרור, אשר לא נטען בפנינו כי אלה שעברו את העבירות כפופים לכאורה לחוק הישראלי. העבירות שאותן מחלקת הסייבר מבקשת לסכל על דרך של הגבלת פרסומים המסיתים לאלימות, או למעשי טרור, נמצאות איפוא בליבת הסמכויות השיוריות הנתונות בידי הממשלה בתחום הביטחון ויחסי החוץ (ראו: שטרית, בעמ' 567-597; כהן, בעמ' 164).

בכל הנוגע לעבירות הסתה לאלימות או למעשי טרור, מסקנה זו נלמדת מדרך של קל-וחומר ממסקנות דו"ח ועדת ארבל, אשר עמדת הרוב שבו המליצה עוד להרחיב את מנגנון האכיפה הוולונטרי אף מעבר לזה הקיים כיום, ולקבוע כי יש לאפשר פנייה וולונטרית מטעם הממשלה גם במקרה בו לא מדובר בעבירה פלילית. עמדת המיעוט, לעומת זאת, נקטה בגישה כי הוראות נוהל העבודה הולמות את מצב העניינים הרצוי, והרי אנו דנים כאן בנוהל העבודה כמות שהוא, ולא התבקשה בפנינו הרחבה כלשהי, ולענייננו די בכך.

70. זאת ועוד – אחרת. על אף ש"עקרון חוקיות המינהל" פושט ולובש צורה בין מדינה ומדינה (ובוודאי שבין מדינה לבין גוף על-מדינתי) – הרי שהמובאות והדוגמאות שצורפו להשלמת הטיעון מטעם המשיבים, מלמדות כי לפחות במספר מדינות מערביות דמוקרטיות, הסמכות ליזום הסרת פרסומים פוגעניים באופן "וולונטרי" – איננה מוקנית לרשויות המינהל מכוח הסמכה מפורשת לפעול בצורה האמורה.

71. נוסף לכך, אין בידי לקבל את הטענה כי הסמכות השיורית נדחת בענייננו, לנוכח הוראות החקיקה המפורשות העוסקות בסמכויות החקירה וההעמדה לדין שפורטו לעיל, או מכוח סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות. כפי שצוין לעיל, האכיפה מהסוג שלפנינו שונה בתכלית מההליך הפלילי – מטרתה איננה עונשית, אלא היא באה לנסות ולמנוע את הפרסום, שההשפעה שלו היא מידית, ונדרש טיפול דחוף לשם הסרתו, כדי למזער פגיעה מתמשכת (בהתאמה): בביטחון הציבור, בסדר הציבורי, בהגנה על חסרי ישע, או בניהולן התקין וההוגן של הבחירות.

72. אם לסכם את האמור עד הנה – הרי שלעמדת, המשיבים עומדים, אם כי לעתים בדוחק, בגבולות החוקתיות. אין חולק כי פעילות מחלקת הסייבר, כפי שהוצגה לפנינו בתגובה המקדמית לעתירה, היא חיונית לשמירה על הביטחון הלאומי והסדר החברתי. האופן הוולונטרי בו מחלקת הסייבר פועלת בהקשר זה, אמנם איננו חף מקשיים, הנוגעים בעיקר לבעיית ההסמכה בחקיקה ראשית פרטנית לפעילותה. ואולם עד לקבלת חקיקה מפורטת בנושא (כפי שנעשה בחלק מהמדינות בעולם) – ניתן להמשיך במצב הנוהג בהתבסס על הסמכות השיורית, או סמכות העזר.

73. מעבר לכך, נתגלו במכלול קשיים, שעל המשיבים ליתן דעתם אליהם ולתקנם, הכל כמפורט להלן:

(א) על מחלקת הסייבר להתחשב באמור בבקשת ההצטרפות להליך מטעם התנועה, אשר תיארה שורה של פגמים העולים מהתנהלותה של המחלקה, ובהם: היעדר תיעוד תוכן של הביטויים שמחלקת הסייבר מבקשת להסיר והיעדר פירוט מספק בדו"חות השקיפות המוצאים מטעם המחלקה, וכן אי-פרסום נוהל העבודה (למשל: סוג העבירה הפלילית הניצבת בבסיס הפעולה הוולונטרית; פירוט נרחב יותר של העבירות שלכאורה קשורות בפרסום; זהות המפרסם וזיקתו למדינת ישראל, ככל שידוע למחלקה). נוסף לכך, קיים קושי בבירור תפקיד מפעילי הפלטפורמות המקוונות (נתון אשר עשוי היה להתברר, לו היו אותם מפעילים מצורפים כמשיבים לעתירה), והסיכומים שבינם לבין המחלקה. לנוכח העובדה כי מרבית פעילותה של מחלקת הסייבר נוגעת לעבירות ביטחון, קיים בוודאי קושי בחשיפת מלוא פעילותה של המחלקה, ואולם דומני כי במסגרת דו"חות השקיפות היוצאים מטעמה, על מחלקת הסייבר להציג פרפרזות ודוגמאות לאופי הפניות שהיא מבצעת ולשיח שהיא מקיימת עם מפעילי הפלטפורמות המקוונות.

(ב) בפניות המחלקה למפעילי הפלטפורמות המקוונות עליה להנחות עצמה על פי פסיקתו של בית משפט זה, שהיא בבחינת דין הדוחה סמכות שיורית לעניין זה, לרבות פסקי הדין שניתנו בפרשות: דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (11.07.2011); רע"ב 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל (02.11.2017) ו-רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם (05.05.2020) (נתון לדיון נוסף)).

ג) יש לשקול יוזמת חקיקה מסדירה ומפורטת לגבי מכלול האכיפה הוולונטרית, כמו שנעשה בחלק ממדינות המערב.

74. טענה אחרת, שכלל לא נדונה במסגרת עתירה זו, היא הצורך למסד מנגנון מבקר ומפקח על פעילות המחלקה לאחר מעשה, ומוצע שהדבר יישקל (על הצורך באסדרה של מרחב הפעולה של הגורמים הפועלים במרחב הרשתי, מבחינת סדרי הדין והאיזון החוקתי הראוי – ראו: חוות דעתי בעניין פרמייר ליג).

הקשיים המנויים לעיל אינם מבוטלים, אולם אין בהם לבדם כדי להצדיק הוצאת צו על-תנאי בעתירה במתכונתה הנוכחית. יחד עם זאת, על המשיבים להפיק מסקנות לגבי טיוב המערכת בהקשר למכלול ההיבטים שנמנו לעיל.

סיכום

75. נוכח כל האמור לעיל, אם תשמע דעתי נורה על דחיית העתירה על כל חלקיה, אך זאת בשים לב להערותיי שבפיסקאות 73 ו-74 שלעיל, והכל ללא צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

1. חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר היטיב לתאר בחוות דעתו המעמיקה והיסודית את ייחודיותן ומורכבותן של השאלות המתעוררות בעתירה דנן, ובהן שאלת הגדרתו של מעשה שלטוני; שאלת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחוץ לגבולות

המדינה; שאלת זכויותיהם של משתמשים פיקטיביים יצירי-מחשב ("בוטים") שלא ברור אם ובאיזו מידה עומד מאחוריהם גורם אנושי; וכן שאלות הנוגעות למישור היחסים הרגולטוריים בין המדינה לגופים פרטיים שפועלים במרחב המקוון. שאלות אלו כאשר להתנהלותן של רשויות המדינה במרחב המקוון, הן במידה רבה חסרות תקדים ואף לשיטת המשיבים עצמם הפעילות שעומדת במוקד העתירה "אינה דומה באופייה לפעילות הרגילה של הפרקליטות" (ראו מכתב מטעם משרד המשפטים מיום 10.1.2019, נספח מש/9 לתגובת המשיבים לעתירה).

אקדים, אפוא, ואומר כי לגישתי יש קושי רב לברר את השאלות המהותיות והתקדימיות הללו בהינתן התמונה החלקית שהוצגה בפנינו, ומשכך, לו תישמע דעתי, יש לדחות את העתירה על הסף.

2. הפעילות העומדת במוקד העתירה היא פעילותה של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: מחלקת הסייבר או המחלקה) במסלול האכיפה ה"וולונטרי". כפי שתיאר חברי המשנה נוהגת המחלקה, בהתאם לנוהל העבודה שגובש על ידה, ליזום פניות למפעילי פלטפורמות מקוונות (רשתות חברתיות, מנועי חיפוש וספקיות לאירוח אתרים), ולדווח להן על פרסומים שלעמדת הפרקליטות יש בהם משום עבירה לפי הדין הישראלי ובנוסף מפרים את תנאי השימוש של הפלטפורמה עצמה. על פי האמור בתגובה המקדמית מטעם המחלקה, פניות כאמור נשלחות למפעילי הפלטפורמות המקוונות רק כאשר קיימים שיקולים נוספים שמצדיקים את הפנייה, ובהם חומרת הפרסום, היקף תפוצתו ופוטנציאל ה"וויראליות" שלו. בפועל מתמקדת המחלקה בעיקר בפרסומים הנוגעים לפעילותם של ארגוני טרור ובדבר הסתה לאלימות ולטרור. לצד זאת נשלחות פניות גם בנוגע לפרסומים שיש בהם משום פגיעה בקטינים, במשרתי ציבור מסוימים או בטוהר הבחירות לכנסת.

חברי המשנה עמד על כך שהעתירה לוקה בשני פגמים שיש בהם כדי להצדיק את דחייתה על הסף, והם אי-צירוף הפלטפורמות המקוונות כמשיבים לעתירה, וכן היעדר תשתית עובדתית לטענה כי מחלקת הסייבר פועלת בחוסר סמכות. זאת, בין היתר, נוכח אי-הוודאות באשר לשאלה אם המפרסמים שעומדים במוקד הפניות הם אנשים או "בוטים"; אם הם ממוקמים בארץ או בחו"ל; ואם מפעילי הפלטפורמות המקוונות מחליטים באופן עצמאי אם להסיר את הפרסומים או שמא החלטתם מושפעת מכך שהגורם שפנה אליהן הוא פרקליטות המדינה. עם זאת, חברי סבר שבשל השאלות החוקתיות העקרוניות המתעוררות בעתירה, יש מקום להידרש אליהן גם לגופן. לגישתו, פעילות המחלקה מהווה מעשה שלטוני ומקום שבו קיים חשש שפניותיה של המחלקה

משפיעות על החלטתם של מפעילי הפלטפורמות אם להסיר את הפרסומים אם לאו, יש צורך בהסמכה כלשהי לפעילותה של המחלקה. לפיכך, נדרש חברי לשאלה אם ניתן לעמוד על מקור המסמך את מחלקת הסייבר לפעול באופן זה, והגיע למסקנה כי ניתן להיתלות בסמכות השיורית שמוקנית לממשלה מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה – אך זאת רק כל עוד פעילותה של מחלקת הסייבר אינה פוגעת בזכויות יסוד, מכיוון שסמכות שיורית אינה יכולה להוות מקור לפגיעה כאמור.

3. על רקע התשתית שהונחה לפנינו באשר לאופן פעילותה של מחלקת הסייבר ובאשר להשלכותיה של פעילות זו על מפעילי הפלטפורמות המקוונות, וכן נוכח החסרים המשמעותיים בתשתית זו, סבור חברי כי לא ניתן לומר שהמדינה היא הגורם שפוגע בזכות חוקתית. בהקשר זה הוא מדגיש את הקושי המשמעותי שטמון בהכרה בכך שתיתכן פגיעה בתופש הביטוי של גורם שאינו אנושי (דוגמת "בוטים" ו"יצגנים"). עוד הוא מדגיש כי הגורם שבידיו ההחלטה אם להסיר את הפרסום אם לאו הוא מפעיל הפלטפורמה, ולא המדינה. על כן, כך קובע חברי "כל עוד לא הוכח לפנינו כי פעולותיה של מחלקת הסייבר, הן שמביאות באופן ישיר וודאי לפגיעה בזכויות יסוד, וכל עוד לא הונחה לפנינו תשתית ראייתית המעלה כי שיקול דעתם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות כפועל איננו עצמאי – הרי שפנייה וולונטרית מטעם המחלקה אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות – איננה אסורה" (פסקה 69 לחוות דעתו).

4. אני מסכימה למסקנתו של חברי המשנה לפיה פעילותה של מחלקת הסייבר שהינה מושא העתירה, מהווה מעשה שלטוני. יפים בהקשר זה דבריו של השופט י' זמיר בנוגע להגדרת המונח "סמכות מנהלית":

"כאשר רשות מינהלית מפעילה את סמכותה, [...] היא ממלאת תפקיד ציבורי על פי דין. כיוון שכך, היא כפופה למערכת דינים מיוחדת, היא המערכת של דיני המינהל הציבורי [...] ייתכן שזו הדרך הפשוטה והראויה להגדיר את הסמכות המינהלית: הסמכות המינהלית היא תפקיד ציבורי על פי דין" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כדרך א – המינהל הציבורי 205 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); ההדגשה הוספה).

בענייננו, ועמד על כך חברי המשנה בחוות דעתו, מבצעת מחלקת הסייבר פעילות יידוע שיטתית, מכוונת, נרחבת ומאורגנת: פרקליטים מעבירים לפלטפורמות מקוונות פניות בנוגע לפרסומים שעולים לכאורה כדי עבירות פליליות, אשר יש אינטרס ציבורי בהסרתם ושמפרים לכאורה את תנאי השימוש של הפלטפורמה. זאת כחלק

מתכנית פעולה מוצהרת של פרקליטות המדינה ובהתאם לנוהל ייעודי שגובש בנושא (ראו פסקה 15 להשלמת הטיעון מטעם המשיבים). בנסיבות אלו, ברי כי פעילותה של מחלקת הסייבר מהווה מילוי "תפקיד ציבורי", ולפיכך היא בבחינת החלטה או הפעלת סמכות מטעם המדינה.

5. מרכז הכובד של העתירה במתכונתה הנוכחית מתכנס, לשיטתי, לשאלת קיומה של פגיעה בזכויות יסוד. לגישת המשיבים, אף אם פעילותה של מחלקת הסייבר מהווה מעשה שלטוני ולפיכך היא טעונה הסמכה, ניתן להסתפק לצורך כך בסמכותה השיוורית של הממשלה (סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, סמכות שעליה עמד חברי המשנה בהרחבה), או בסמכותה של פרקליטות המדינה כנציגתו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר מחזיק בסמכויות עזר שנחוצות לביצוע תפקידו (בהתבסס על סעיפים 3 ו-17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981). סמכות עזר וסמכות שיוורית אינן יכולות לשמש בסיס לפגיעה בזכויות יסוד (ראו בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 652 (1995); סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו פגיעה בזכויות המעוגנות בחוק זה טעונה הסמכה מפורשת בחוק או על פיו; וכן ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 146 (2010); בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה - צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל, פסקאות 14 ו-34 (25.1.2021)). ההכרעה בשאלה אם יש בנמצא הסמכה מספקת לפעילותה של מחלקת הסייבר תלויה, אפוא, במידה רבה בשאלה אם פעילות זו פוגעת בזכויות יסוד. לגישת המשיבים "פניות יידוע" והמלצה מטעם מחלקת הסייבר למפעילי פלטפורמות מקוונות, אינן עולות כדי פגיעה בזכויות. זאת, מכיוון שלמפעילי הפלטפורמות עומד שיקול דעת עצמאי בכל הנוגע להסרת התכנים נושא הפניות, ואילו מחלקת הסייבר משמשת בהקשר זה כגורם ממליץ בלבד.

בעתירה שלפנינו נפלו שני פגמים מהותיים, שעליהם עמד גם חברי המשנה, אשר כל אחד מהם – קל וחומר הצטברותם – מסכלת את האפשרות להכריע בשאלה עקרונית זו לגופה. על כן, לגישתי, אין מנוס מדחיית העתירה על הסף. פגמים אלו הם, כפי שצוין, אי-צירוף משיבים רלוונטיים וחוסר בתשתית עובדתית – ולהלן אעמוד עליהם כסדרם.

6. אי-צירוף משיבים רלוונטיים – כפי שנקבע לא אחת, הימנעות מצירופם לעתירה של מי שעלולים להיות מושפעים מההכרעה בה, מהווה פגם מהותי עד כי הוא עשוי להצדיק את דחיית העתירה על הסף. זאת, בין היתר, מכיוון שהמשיבים שלא צורפו יש בידם לשפוך אור תיוני על הסוגיה העומדת לדין: "מי שנוגע לעניין ועלול להיפגע מצו של בית המשפט, אין כמוהו להציג את הצד שכנגד, כדי שבית המשפט יוכל לבסס את החלטתו על תמונה שלמה ואמינה של המצב" (בג"ץ 1901/94 ח"כ לנדאו נ' עיריית

ירושלים, פ"ד מח(4) 415, 403 (1994) (להלן: עניין לנדאו); וראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג - הביקורת השיפוטית - כללי הסף 1747 (2014)). פגם זה בולט במיוחד מקום שבו ניתנה לעותר הזדמנות לתקן את מחדלו והוא בחר שלא לעשות כן (בג"ץ 151/11 המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן נ' שר המשפטים, פסקה 17 (27.12.2011); והשוו: בג"ץ 384/82 פחמ"ס מתכת ופלסטיק שותפות רשומה מעין החורש נ' שר האוצר, פ"ד לז(4) 297, 300-301 (1982)).

בתגובתם המקדמית לעתירה העלו המשיבים טענות לעניין עילת סף זו, ובא-כוח העותרים אף נשאל על כך במהלך הדיון מיום 3.8.2020 והשיב:

"שקלנו אם לצרף, שקלנו בפני מי לעתור. אנחנו לא טוענים כנגד פייסבוק או חברה אחרת. אנחנו טוענים שיש פה מעשה שלטוני, של המדינה שפונה לספקיות תוכן, בכל העולם הזה של הסרת תכנים שמתבצע ללא קשר; המעשה השלטוני פה של הפניה היזומה של יחידת הסייבר – הוא מעשה שדרוש הסמכה. [...] אנחנו לא סבורים שיש פגיעה [במפעילים]" (עמ' 4 שורות 29-32 ועמ' 5 שורה 2 לפרוטוקול).

7. טענה זו אין בידי לקבל. נוהל העבודה של מחלקת הסייבר מונה בין "הפלטפורמות המקוונות" ערב-רב של גופים שבהיבטים לא מעטים השונה ביניהם עולה על המשותף (ראו סעיף 1 לנוהל). לא הרי רשתות חברתיות מקוונות (פייסבוק וכיוצ"ב) כהרי מנועי חיפוש מקוונים (כגון גוגל) או ספקיות "אירוח" לאתרי אינטרנט (כדוגמת WordPress); ולא הרי רשת חברתית שלרוב משותפים בה תכני טקסט או תמונות (כדוגמת פייסבוק וטוויטר) כהרי רשת חברתית לשיתוף תכני וידאו בלבד (כגון יוטיוב). מפעילי הפלטפורמות הללו נבדלים במספר קריטריונים המשליכים על השאלות שבמוקד העתירה דנן ובהם: סוג התכנים שלגביהם מגישה מחלקת הסייבר פניות יידוע; מדיניות הטיפול באותן פניות; ומידת החשיבות שמייחס כל מפעיל לזהות הפונה שמבקש להסיר תכנים. השאלה אם ובאיזו מידה צפויים מפעילים אלו (כולם או חלקם) להיפגע מקבלת העתירה, אף היא לא נתבררה בפנינו די הצורך, ולא שוכנעתי כי עלה בידי העותרים להראות שאותם מפעילים אינם צפויים להיפגע כלל מהכרעה בעתירה דנן לגופה. כפי שציין חברי המשנה, לפנינו "משולש יחסים" או "משולש כוחות" ובו שלושה קודקודים: המדינה, המפרסמים (שבשם טוענים העותרים) ומפעילי הפלטפורמות המקוונות. בהיעדר ייצוג לאחד מקודקודי המשולש לא ניתן להכריע בשאלות מהותיות שמשפיעות על המשולש כולו.

אכן, לעתים יאות בית המשפט לברר עתירה לגופה אף אם לקחה בפגם של אי-צירוף משיבים רלוונטיים, למשל "אם הפגיעה בצד שלישי מזערית, אם יש יסוד להניח כי אין הוא מעוניין לטעון לפני בית המשפט, או אם ברור כי אחד המשיבים יציג באופן מלא וטוב גם את הטענות הנוגעות לאותו צד" (עניין לנדאו, בעמ' 415). מבלי להביע עמדה בשאלת היקף הפגיעה שתיגרם למפעילי הפלטפורמות המקוונות אם תתקבל העתירה, ברי כי אין יסוד להנחה שמפעילים אלו כולם אינם מעוניינים להשמיע את עמדתם בנושא העומד במוקד העתירה, או להנחה שביכולתם של הצדדים לעתירה להציג את התמונה המלאה בנוגע למפעילים אלו.

8. הנה כי כן, העתירה דנן לוקה בפגם מהותי של אי-צירוף משיבים שעלולים להיפגע מההכרעה שתינתן בה, והמידע שיש ברשותם אף עשוי להשפיע באופן מהותי על ההכרעה לגופן של טענות העותרים. זאת בפרט ביחס לשאלה אם פעילות מחלקת הסייבר פוגעת בזכויות חוקתיות וכן לשאלת היקפה של פגיעה נטענת זו. העותרים עומתו עם הפגם האמור בשלב מקדמי ובחרו שלא לתקנו.

אך גם אם יטען הטוען כי פגם זה ניתן לפתרון בדרכים חלופיות כגון צירוף המשיבים ביוזמת בית המשפט, אין בכך כדי להועיל שכן בעתירה במתכונתה הנוכחית נפל פגם נוסף, מהותי לא פחות, שעניינו חוסר בתשתית העובדתית שנחוצה להכרעה בה.

9. כפי שהדגיש חברי המשנה בחוות דעתו, לא הוצגו לפנינו נתונים בנוגע להיקף הפגיעה בזכויות יסוד אשר נגרמת כתוצאה מהיענות מפעילי הפלטפורמות המקוונות לפניותיה של מחלקת הסייבר. בפרט, לא הובהר מהו שיעור הפניות שעוסקות בפרסומים שמקורם מחוץ לגבולות המדינה, בפרסומים אנונימיים או בפרסומים שלא הועלו לרשת על ידי אדם בשר ודם – שאז עולות, כפי שציין חברי, שאלות מהותיות בנוגע לתחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מפרסמים אלו. בנוסף, אף שהמשיבים הציגו נתונים בנוגע למספר הכולל של פניות שבוצעו בשנים האחרונות על ידי מחלקת הסייבר (ראו פסקה 17 לחוות דעתו של חברי המשנה), וכן ביקשו להציג במעמד צד אחד "מספר דוגמאות קונקרטיות של דיווחי מחלקת הסייבר לפלטפורמות המקוונות בתחומים שונים" (פסקה 26 לתגובתם המקדמית) – עולה מבקשת ההצטרפות של התנועה לחופש המידע, כי מחלקת הסייבר אינה מפעילה מאגר של מלוא הפרסומים שלגביהם נשלחו פניות מטעם המחלקה. דו"חות הפעילות שמפורסמים מטעם מחלקת הסייבר כוללים אף הם תשתית לקונית בלבד בדבר טיב הפרסומים שלגביהם נשלחות פניות, זהות המפרסמים והסיבה למשלוח הפנייה (ראו פסקה 73(א) לחוות דעתו של חברי המשנה).

10. היעדרה של תשתית עובדתית לעניין פעילותה של מחלקת הסייבר אינו רובץ, אמנם, לפתחם של העותרים אלא לפתחה של המחלקה עצמה, והנתונים הרלוונטיים מצויים ברשותה או בהישג ידה. עם זאת, העותרים לא מיקדו את טענותיהם בשקיפות פעילותה של מחלקת הסייבר; לא ביקשו סעד אופרטיבי בהיבט זה; ולא מיצו לגביו הליכים מול המשיבים, ובכלל זה לא הובהר אם הגישו בנושא בקשות מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. בנסיבות אלו ובהינתן הפערים העובדתיים שעליהם עמד חברי המשנה בחוות דעתו, אינני סבורה כי ניתן להמשיך ולברר את העתירה לגופה במתכונתה הנוכחית.

11. השאלה העיקרית שהועלתה בעתירה שלפנינו היא, כאמור, אם פעילות הידוע של מחלקת הסייבר – כפי שבאה לידי ביטוי בנוהל העבודה שגיבשה – גוררת פגיעה בזכויות יסוד: ככל שהתשובה שלילית, הרי שניתן להסתפק במקורות הסמכות שאליהם הפנו המשיבים ולקבוע כי פעילות זו אינה מהווה חריגה מסמכות; וככל שהתשובה חיובית יידרשו המשיבים לאתר מקור סמכות חלופי, שבהיעדרו לא יהיה מנוס מקביעה כי מחלקת הסייבר פועלת בחוסר סמכות. נדבך משמעותי בטענות העותרים עניינו, אפוא, הפגיעה הנטענת בחופש הביטוי. עוד טוענים העותרים כי פעילות מחלקת הסייבר יש בה גם משום פגיעה בזכות להליך הוגן ובזכות הטיעון, משום שהיא אינה נוהגת ליתן למפרסמים זכות טיעון טרם הגשת הפנייה, הכוללת את עמדת המחלקה לפיה הפרסום מהווה, לכאורה, עבירה פלילית.

חברי המשנה סבר שלא מתקיימת במקרה דנן פגיעה בזכות חוקתית, וזאת מבלי שראה צורך להכריע בשאלה מהן אמות המידה לקיומה של פגיעה בזכות חוקתית (פסקאות 63-65 לחוות דעתו). כשלעצמי, אני סבורה כי הגישה שנתקבלה זה מכבר בפסיקתו של בית משפט זה היא שככלל, כאשר מתקיימת פגיעה בזכות חוקתית שאינה פגיעה של מה בכך, עוברת הבחינה החוקתית מן השלב הראשון, שלב הפגיעה, לשלב השני – קרי, בחינת ההצדקה לפגיעה במסגרת מבחני פסקת ההגבלה. מכל מקום, בנסיבות העניין שלפנינו, החוסר בתשתית עובדתית בנוגע לאופן פעילותה של מחלקת הסייבר, בצירוף החוסר בתשתית העובדתית בנוגע להתנהלותם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות, הנובע במידה רבה מאי-צירופם לעתירה (בפרט בשאלה מהי מידת החשיבות שהם מייחסים לעובדה שפניות הידוע מוגשות על ידי מחלקה בפרקליטות מדינת ישראל) – כל אלה מובילים לגישתי אל המסקנה לפיה בנקודת הזמן הנוכחית לא ניתן להכריע בשאלה אם פעילותה של מחלקת הסייבר גוררת פגיעה בחופש הביטוי או בזכות הטיעון ובזכות להליך הוגן. ובמילים אחרות, נוכח התמונה החלקית של העובדות הצריכות לעניין שהוצגה בפנינו, ונוכח היעדרם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות

כבעלי דין בעתירה, לא ניתן, לגישתי, לברר את השאלות המהותיות המתעוררות בה ואין מנוס מדחייתה על הסף. לצד זאת, אני מבקשת להצטרף להערותיו של חברי המשנה בפסקה 73 לחוות דעתו בדבר הקשיים בהתנהלותה של מחלקת הסייבר וכן לקריאתו לפרסם את פרטי נוהל העבודה של מחלקת הסייבר (פסקה 12 לחוות דעתו). אשר על כן, לו נשמעה דעתי היינו מורים על דחיית העתירה על הסף ללא צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

הוחלט לדחות את העתירה.

ניתן היום, ל' בניסן התשפ"א (12.04.2021).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה