

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

באמצעות עו"ד רביע אגבריה ו/או פאדי ח'ורי ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או מאיסאנה מוראני ו/או נרימאן שחאדה-זועבי ו/או איה חאג' עודה ו/או ויסאם שרף מטעם **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל**, רח' יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090; טל': 04-9501610; טל': 052-5460188; דוא"ל: [rabea@adalah.org](mailto:rabea@adalah.org)

### העותרים

- נגד -

1. פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר
  2. היועץ המשפטי לממשלה
- באמצעות ב"כ מטעם מחלקת הבג"צים, ירושלים  
רח' צלאח א-דין 31 ירושלים  
טל': 026466590; פקס: 026467011

### המשיבים

## תגובת העותרים להשלמת הטיעון מטעם המשיבים ובקשה למתן צו על תנאי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 3.12.2020, מתכבדים העותרים להגיש את תגובתם להשלמת הטיעון מטעם המשיבים.

1. עניינה של העתירה דגן בפעילותם של המשיבים להסרת תכנים מהרשת בחוסר סמכות. פעילות זו מתרחשת באמצעות שיתוף פעולה "וולונטרי" לכאורה בין המדינה ובין ספקיות תוכן פרטיות. במסגרת זו, מעבירה מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: **מחלקת הסייבר** או **המשיבה מס' 1**) אלפי בקשות לא מחייבות להסרת תכנים מהרשתות החברתיות ופלטפורמות אינטרנטיות אחרות, וזאת על פי תנאי השימוש של החברות עצמן.
2. המשיבים עצמם מודים כי אין בנמצא חקיקה מפורשת המסמיכה את המשיבה מס' 1 לבצע פעילותה ב"מסלול הוולונטרי". בתגובתה לעתירה מיום 29.7.2020, אשרה המדינה כי הלכה למעשה פעילות המשיבה מס' 1 מתבצעת ללא סמכות. לפי תגובת המשיבים עולה כי מאחר ולתפיסתם לא מדובר בפעילות שלטונית אזי עקרון החוקיות לא חל עליהם במקרה זה. והנה הדברים כפי שהובאו במקור:

"העברת דיווחים על-ידי מחלקת הסייבר על פרסומים המפרים את תנאי השימוש שנקבעו על-ידי הפלטפורמות המקוונות עצמן אינה כרוכה בהפעלת סמכות שלטונית. מדובר בפניה שתכליתה

יידוע הפלטפורמות המקוונות על פרסום שמפר את תנאי השימוש שקבעו הן עצמן ואשר עומדים בבסיס השימוש בהן. מעת שהועבר הדיווח הוא נבחן על-ידי הפלטפורמות בלבד בראי תנאי השימוש אליהם הסכימו מראש המשתמשים, וההחלטה מתקבלת במלואה על-פי מיטב שיקול דעתה של הפלטפורמה המקוונת הרלבנטית. " (פס' 7 לתגובת המדינה לעתירה מיום 29.7.2020; ההדגשות שונו, ר.א.)

להשלמת התמונה יצוין כי המדינה טענה עוד כי "מדובר בהעברת דיווחים אך ורק ביחס לפרסומים העולים לכאורה כדי עבירה פלילית ושקיים אינטרס ציבורי מובהק בהסרתם." (שם)

3. לאחר דיון שנערך בעתירה ביום 3.8.2020, ביקש בית המשפט הנכבד מהמשיבים להגיש השלמת טיעון ביחס לשני ראשים: הראשון, מקור הסמכות להפעלת "המסלול הוולונטרי" על-ידי יחידת הסייבר; השני, סקירה משווה באשר להסדרים דומים ל"מסלול הוולונטרי" במדינות אחרות.

4. כעבור בקשות דחיה חוזרות ונשנות ורק לאחר שבית המשפט הנכבד קצב פרק זמן נוסף וציין כי "תישקל הוצאת צו על תנאי על בסיס החומרים שהובאו בפני בית המשפט עד כה" (החלטת כב' הנשיאה חיות מיום 3.12.2020), התכבדה המדינה והגישה השלמת טיעון מטעמה.

#### **ראש ראשון: מקור הסמכות**

5. המדינה שבה ומאשרת בהשלמת הטיעון כי היא עומדת על טענתה המרכזית בתגובתה ולפיה פעילות יחידת הסייבר אינה מהווה הפעלת סמכות שלטונית. בד בבד, "מבלי לגרוע מעמדת המדינה שפורטה בתגובתה לעתירה", טוענת המדינה כי פעילות יחידת הסייבר "נובעת מאחריותו ותפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהוכרו גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, כמי שעומד בראש מערך התביעה הכללית ומופקד על שמירת האינטרס הציבורי, אכיפת החוק ושמירה על שלטון החוק, ולשם מימוש תפקידים אלו." (פס' 7 להשלמת הטיעון; ההדגשות הוספו). בתוך כך, טוענים המשיבים כי פעילות יחידת הסייבר היא חלק **מסמכות העזר** של היועץ המשפטי לממשלה על פי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, המורה כי "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת" (סעיף 16 להשלמת הטיעון).

6. נדרשת אקרויטיקה משפטית מרשימה למדי כדי לטעון כי המסלול הוולונטרי אינו מהווה הפעלת סמכות שלטונית אך בו-זמנית נובע מאחריותו ותפקידו השלטוני של היועץ המשפטי לממשלה כמי שעומד בראש מערכת התביעה הכללית. יודגש, כי כבר בתשובתה הראשונה מיום 30.11.2017, העלתה המשיבה מס' 1 בפני העותרים את הטענה כי סמכותה נובעת מסמכויות היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית. במסגרת זאת נאמר כי :

"יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה פועלת, בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, אל מול גורמים שונים להסרה או לחסימת הגישה לתכנים המפרים, לכאורה, את הדין הישראלי, לרבות ההלכה הפסוקה, ואת תנאי השימוש אשר נקבעו על ידי ספקי השירות הנוגעים לעניין, על-פי נוהל עבודה סדור, הכולל בחינה קפדנית של סוג התוכן ומתן משקל ממשי לזכויותיהם של המפרסמים כמו גם לזכויותיהם של כלל משתמשי הרשת. זאת ועוד, **היחידה פועלת במסגרת חובתה**

**הסטטוטורית כגוף אכיפה, למנוע המשך ביצוע של עברות ולהפיסקן, ככל שאלה נודעות לה.** " (ההדגשות הוספו, ר.א.)

(פס' 3 לתשובת המשיבה מס' 1 מיום 30.11.2017 אל פניית העותר מס' 1 מיום 2.8.2017. מסמך זה צורף לעתירה וסומן ע/9)

7. בהתייחס לטענה זו, העותרים חידדו בפני המשיבים כי פעילות יחידת הסייבר אינה יכולה לנבוע מתפקיד היועץ המשפטי לממשלה או מסמכויותיה הסטטוטוריות של הפרקליטות כגוף אכיפה כללית. בתוך כך הודגש כי:

"[...] בהיעדר הסמכה בחוק או על פיו המאפשרת ליחידה לפנות בבקשות כאמור, ברי כי לא ניתן לראות במקור אחר כלשהו, לרבות נוהל עבודה סדור שגובש בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, כעונה על דרישת ההסמכה המפורשת בחוק, הן ככלל והן נוכח הפגיעה הקשה בחופש הביטוי הגלומה בהסרת תכנים מהרשת באופן חד צדדי על-ידי המדינה בפרט.

5. כמו כן, סמכותה הסטטוטורית של הפרקליטות בעניין זה מוגבלת לאפשרותה לפנות בדיעבד לערכאות על-פי דין ולסמכותה להעמיד חשוד לדין ככל שמתעורר חשד כאמור, כאשר בית המשפט הוא הגוף היחיד המוסמך לקבוע, לאחר דיון במעמד הצדיים, אם פרסום מסוים אכן מקים עבירה אם לאו, ולהורות בשל כך על עונשים שונים.

6. משכך, פעילות זו מנוגדת אף לעקרון הפרדת הרשויות וכללי הצדק הטבעי, שכן היחידה נוטלת לעצמה את הסמכות לפעול – באופן חד צדדי, ללא פניה מוקדמת לערכאות ועל סמך חשד לכאורי בלבד – להטלת סנקציה בדמות הסרת פרסום מהרשת."

(פס' 4 - 6 לפניית העותר מס' 1 אל המשיבים מיום 21.11.2018. מסמך זה צורף לעתירה וסומן ע/10)

8. דברים דומים הובאו גם בגוף העתירה (ראו פס' 29-30 ופס' 64 - 68 לעתירה). ואכן, דומה כי המשיבים עצמם השתכנעו כי הן תפקיד היועץ המשפטי לממשלה והן סמכותה הסטטוטורית של הפרקליטות אינם יכולים להוות מקור סמכות עצמאי לפעילותה. **המשיבים זנחו קו טיעון זה והודו כי פעילות יחידת הסייבר ב"מסלול הוולונטרי" היא חריגה ואינה מתיישבת באופן טבעי עם פעילותה ה"רגילה" של הפרקליטות.** כך למשל, במענה מטעם המשיבים מיום 21.11.2019 צוין במפורש כי המשיבים מודעים לאופי החריג של פעילות המשיבה מס' 1 ב"מסלול הוולונטרי":

**לנוכח העובדה שמדובר בפעילות שאינה דומה באופייה לפעילות הרגילה של הפרקליטות,** הרי שפעילות מחלקת הסייבר לגבי הסרת תכנים, הגבלת גישה אליהם וכדומה נבחנה לעומק זה מכבר על ידי הגורמים הנוגעים לעניין במשרד המשפטים. (פס' 4 למענה המשיבים מיום 21.11.2019 שצורף לעתירה וסומן ע/11; ההדגשות הוספו, ר.א.)

9. ניכר כי המדינה עצמה אינה משוכנעת בטענותיה ומנסה לאחוז במקל משני קצותיו: יום אחד מודה כי מדובר בפעילות חריגה ומיוחדת שאינה אופיינית לפעילות הפרקליטות ואף אינה מהווה הפעלת סמכות שלטונית ויום אחר שבה וטוענת שמדובר בפעילות טבעית, אך מתבקשת וטבועה בסמכותה הכללית של הפרקליטות למנוע עבירות.

10. חשוב לחדד כי השאלה שעומדת בפני בית המשפט הנכבד אינה האם היועץ המשפטי לממשלה אחראי על מערך התביעה הכללית או האם אכיפת החוק היא חלק מתפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה. על שאלה זו בוודאי שאין מחלוקת. השלמת הטיעון מגוללת באריכות ציטוטים יפים מהפסיקה בעניין זה, אך דומה שציטוטים אלה אינם רלוונטיים לענייננו כלל. השאלה היא כאמור האם קיימת סמכות לפנות לספקיות התוכן בבקשות "וולונטריות" להסרת תכנים. **מהו מקור סמכותה לפנות לספקיות התוכן ב"מסלול הוולונטרי" ולבקש הסרת תכנים? התשובה לשאלה זו היא ברורה: למדינה אין סמכות כלשהי להפעיל את "המסלול הוולונטרי".**

11. ממקרא תגובת המשיבים עולה שפעילות המשיבה מס' 1 אינה מעוגנת בחקיקה כלשהי וכי אין חקיקה ראשית המסמיכה אותה להגביל את חירויות היסוד על דרך של פניה לספקיות תוכן להסרת פרסומים, הן באופן ישיר וכופה והן באמצעות המסלול הוולונטרי. המשיבים טוענים כי הסמכות לפעילות יחידת הסייבר נובעת מ**סמכות עזר** על-פי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות. טיעון זה יש לסלק על הסף כי הוא לא עומד במבחן עקרון חוקיות המינהל. כבר הוטעם כי "הפסיקה דחתה באופן ברור כל ניסיון לעשות שימוש בעיקרון של סמכויות עזר לשם הכרה בסמכויות הפוגעות בזכויות אדם ללא הסמכה מתאימה בחקיקה ספציפית" (דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי - כרך א'**, 147 (2010)). סמכות עזר אינה יכולה לשמש מקור סמכות לפעילות הפוגעת בזכויות אדם או לפעילות רחבה ועצמאית של הרשות (ראו ברק-ארז, בעמ' 146-148; ראו גם בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד (2) 479 (2010)).

האמור תקף ביתר שאת כאשר שני תנאים אלה מצטברים, כפי שהוא המצב בענייננו: פעילותה של יחידת הסייבר ב"מסלול הוולונטרי" היא פעילות הפוגעת בחופש הביטוי ובהליך הוגן וכן מהווה פעילות עצמאית, רחבה ומשמעותית, המהווה חלק ניכר מפעילות היחידה ככלל, זאת כפי שהובהר בהרחבה בעתירה. משכך, ברור כי נדרשת **הסמכה מפורשת** לפעילות זו וכל פרשנות אחרת תחתור תחת עקרון חוקיות המינהל ותרוקן מתוכן את הדרישה להסמכה מפורשת כפי שהוכרה זה מכבר בפסיקה.

12. **הפניה אל ספקיות התוכן ישירות, תוך עקיפת בתי המשפט והפרטת האפשרות להטיל סנקציות על אזרחים לבקשת המדינה, מהווה הפרה בוטה של עקרונות יסוד של השיטה ושל המסגרת החוקית הקיימת.** הקביעה של יחידת הסייבר כי פרסום מסוים מהווה עבירה היא לכל היותר במעמד חשד שטרם הוכח, ובוודאי שאינה עולה כדי קביעה סופית כי אם לכאורית בלבד. משכך, יחידת הסייבר, בתור רשות מינהלית וחלק ממערך התביעה, אינה מוסמכת לקבוע כי פרסום מסוים מהווה עבירה תוך עקיפת בתי המשפט, שכן הסמכות לקבוע בעניין התקיימותן של עבירות נתונה לרשות השופטת. בהקשר זה יוזכר שסעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 מורה כי "אדם שיש להעמידו לדין יגיש עליו תובע כתב אישום בבית משפט." (ראו גם: פס' 68 וכן פס' 73 לעתירה).

13. ובכן, רשות התביעה כשמה כן היא: תובעת; ובתי המשפט, כשם כן הם: שופטים. הסדר בסיסי זה אינו מהווה המצלה "וולונטרית" כי אם חובה סטטוטורית. בהיעדר הסמכה מפורשת

ובהיעדר הסדר חקיקתי הולם אשר עומד בתנאי פסקת ההגבלה (השאלה האם הסדר כאמור יכול לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה היא שאלה שאינה נדרשת להכרעה כאן), הרי שחוקי היסוד ועקרון שלטון החוק אינם מאפשרים הבנה אחרת לחלוקת תפקידים זו. כל ניסיון לטעון אחרת חותר תחת שלטון החוק הן במישור המוסדי-פורמלי והן במישור המהותי של חופש הביטוי.

14. בנוסף, הן מתגובת המשיבים לעתירה והן מהשלמת הטיעון שהוגשה, נוצר הרושם כי המדינה מתעלמת לחלוטין מהדין ומהפסיקה הרלוונטיים ואשר צוטטו בהרחבה בעתירה (ראו: פס' 60-58 לעתירה). כך למשל, הפנינו אל פסק הדין בעניין איגוד האינטרנט הישראלי, שם נקבע כי סמכות מפקד מחוז להורות על סגירת מקום הימורים אינה עונה על דרישת ההסמכה המפורשת בחוק לצורך הוצאת צווים כלפי ספקיות אינטרנט המורות להם לסגור אתרי הימורים ברשת (נע"ם 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי** (פורסם בנבו, 24.3.2013)). כמו כן, הפנינו אל עניין רמי מור, שם נקבע כי בהיעדר מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, לא ניתן "להמציא" מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית" (רע"א 4447/07 **רמי מור נ' ברק אי.טי.סי.** [1995] **החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ**, פ"ד סג(3) 664, 688 (2009)). המדינה לא התייחסה לפסיקה זו כלל ויש ללמוד גם מכך על היעדר כל סמכות בענייננו (ראו גם פס' 69, 73, 79 לעתירה וההפניות שם).

15. זאת ועוד: המדינה שבה ומדגישה כי שיקול דעתן של החברות הפרטיות הוא שמכריע בסופו של יום אם יש להסיר תוכן מסוים, וכי ממילא החברות אינן מסכימות להסיר את כל התכנים שהמדינה מפנה אליהם. טיעון זה מעלה תמיהה: לא זו בלבד שהמדינה "מתגאה" בהפיכתן של אזרחים למשתמשים ובכך שחברות פרטיות הופכות לפרורמים שמחליפים את בתי המשפט ומבררים את טענות הפרקליטות באשר להפרת החוק; אלא גם מודה, למעשה, כי היא עוסקת בפרשנות מרחיבה של תנאי השימוש של החברות עצמן, שכן אחוז לא מבוטל של הפניות אל החברות נדחה.

16. בהקשר זה ראוי לחזור ולעמוד בקצרה על הבעייתיות בהנחת העבודה כי אכן מדובר בהחלטות "וולונטריות" של ספקיות התוכן הפרטיות. בעניין זה פירטנו בהרחבה בעתירה, שם ציינו, בין היתר, כי היחסים המבניים שבין ספקיות התוכן למשיבים מרוקנים מתוכן את הטענה לקיומה של וולונטריות מצד הספקיות (ראו פס' 71 - 87). זאת, שכן לספקיות התוכן קיים תמריץ להיענות לבקשות המדינה ולהימנע מהטלת רגולציה על פעילותן. לעניין זה, יפים דבריה של הנשיאה נאור ב-בג"ץ 5185/13 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (פורסם באר"ש, 28.2.17) (להלן: **עניין פלוני**), אליו הפנו המשיבים, המטעימים כי: **"ההבדל בין הוראה להמלצה אינו טמון רק בשאלה אם ההוראה ניתנת לאכיפה בדרכים פורמאליות. לא השם קובע אלא המהות קובעת"** (שם, בפס' 1 לחוות דעתה של הנשיאה נאור; ההדגשות הוספו).

17. לתפישה זו אף שותף מנהל יחידת הסייבר עצמה, ד"ר חיים ויסמונסקי, אשר סבור כי "ההבחנה בין פעולות התגוננות וולונטריות הסכמיות לבין פעולות מכוח הוראה - כופה אינה דיכוטומית", באופן ששם את "הוולונטריות" בערבון מוגבל, שכן החשש מרגולציה **"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"** (ראו חיים ויסמונסקי **"אכיפה אלטרנטיבית של עברות ביטוי במרחב הסייבר"**, בתוך:

**משפט, חברה ותרבות**, 691 722 (עורך: אלון הראל, 2018); לציטוט המלא, ראו גם פס' 83 לעתירה).

18. יצוין כי פסק הדין בעניין **פלוני** אליו הפנו המשיבים עוסק בסוגיה שונה לחלוטין ואינו יכול ללמד על קיומו של מקור סמכות לפעילות המשיבים ב"מסלול הוולונטרי". **ראשית**, העובדה שדובר בערכאה שיפוטית בעניין **פלוני**, המוסמכת להטיל סנקציות אחרות לרבות מאסר, וכן הסוגיה החריגה שבעניינה הופנתה ההמלצה (סרבנות גט) הייתה מכרעת. **שנית**, במקרים של סרבנות גט, בית הדין מוציא מתחתיו המלצה מסוג זה כמוצא אחרון, כאשר העובדות ברורות וידועות לכל, ולאחר שניתנה למעשה אפשרות למושא ההמלצה להיות חלק מההליך האדברסרי ולהתגונן. **שלישית**, זהות הגוף אליו מופנית ההמלצה שונה אף היא מבחינה אנליטית, שכן מדובר בקהילות מחוץ למדינה ולא מדובר בגוף רווחי המושפע מיחסיו עם המדינה. **רביעית**, היקפם הקטן של אותם מקרים ואופיים הייחודי גם היא משליכה על האפשרות לגזור מאותו פסק דין, שכן מדובר במקרים חריגים ביותר ואין מדובר בשיגור עשרות אלפי המלצות בשנה כעניין שבשגרה. במובן זה, ההבדל הכמותי בין המקרים הופך גם להבדל איכותי.

19. זאת ועוד: חרף ייחודיות סוגיית סרבנות הגט, שאלת סמכות בתי הדין הרבניים לשגר המלצה לא אכיפה הייתה שנויה במחלוקת עמוקה בין שופטי ההרכב ודומה כי קשה לחלץ הלכה ברורה באשר מתן המלצה על ידי גוף שיפוטי, לא כל שכן גוף מינהלי. שופטי הרוב עצמם אף סברו כי ההכרעה בעניין פלוני לא נועדה להרחיב סמכויות וליצור תקדים וכן כי "לולא המרכיבים הפרטניים של המקרה ניתן לדעתי להגיע לתוצאה אחרת" (פס' 3 לחוות דעתו של השופט הנדל; ראו גם: דברי המשנה לנשיאה רובינשטיין בפסקה לא. לחוות דעתו). חוות דעת אחרות בפסק הדין מחדדות את הבעייתיות בהענקת סמכות מסוג המלצה אף במקרה הייחודי של סרבנות גט ואף כאשר מדובר בערכאה שיפוטית המוסמכת להטיל סנקציות אחרות. כך למשל, השופט דנציגר ציין כי:

"עקרון החוקיות, אשר הינו עקרון יסוד במבנה השלטון הדמוקרטי, קובע כי במתן סמכויות שיפוטיות טמונה, מיניה וביה, אף ההגבלה של כוח השיפוט. אל לה לערכאה שיפוטית ממלכתית – ובכלל זה בית דין רבני – לחרוג מגדרי הפעולות והסמכויות שהוענקו לה בחוק... נוכח חשיבותו של עקרון זה לא נכון יהיה, לשיטתי, להעניק לבית דין רבני סמכות לבצע פעולה כזו או אחרת אך באמצעות סיווג פעולה זו כ"המלצה" שאיננה ניתנת לאכיפה. חלף זאת, יש לבחון את מהותה של הפעולה אותה מבקש בית דין רבני לבצע ולבחון האם היא עולה בקנה אחד עם ההצדקות העומדות ביסוד עקרון החוקיות. מושכלות יסוד הן, כי הצדקה מרכזית לעקרון החוקיות הינה כי אין לפגוע באדם מבלי שתהיה לכך הסמכה בחוק" (שם, בפס' 5 לחוות דעתו של השופט דנציגר; ההדגשות הוספו)

20. לאור האמור, ניכר כי פסק הדין בעניין **פלוני** לא פועל לטובתם של המשיבים כי אם לרעתם. פסק הדין מחדד את הבעייתיות הגלומה בהמלצות של הרשויות וחושף את האופן המלאכותי שבו המשיבים מנסים לטעון לקיומה של סמכות שאינה קיימת.

#### **סיכום ביניים**

21. המדינה לא הצליחה להצביע, הן בתגובתה לעתירה והן בהשלמת הטיעון, על מקור סמכות כלשהו, לא כל שכן מקור סמכות מפורש, לפעילותה ב"מסלול הוולונטרי". פעילות זו מתבצעת

כאמור ללא סמכות, תוך עקיפת מערכת המשפט וללא כל שקיפות המאפשרת בקרה חיצונית על תהליך קבלת ההחלטות בפרקליטות. כפי שצוין בפני בית המשפט הנכבד, העותרים סבורים כי היעדר השקיפות הוא תוצאה ישירה ובלתי נמנעת של פעילות המשיבים מעבר לשולי החוק ואף מהווה אלמנט מובנה בתוך הארכיטקטורה של פעילות המשיבים ללא סמכות, הנשענת על שיתוף פעולה "וולונטרי" עם ספקיות תוכן פרטיות.

22. **לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחתיו צו על-תנאי כמבוקש בעתירה ולהפכו לצו מוחלט לאחר קבלת עמדת המשיבה.**

23. נעבור עתה להתייחס לסקירה המשווה, שאף היא מצביעה כי בשונה ממדינות אחרות בעולם המפעילות יחידות דומות ובשונה מהאמור בהשלמת הטיעון מטעם המשיבים, הסדר הפעולה של יחידת הסייבר ללא הסמכה כלשהי הוא יוצא דופן.

### **ראש שני: סקירה משווה**

24. בשונה מהדימוי אותו מנסים המשיבים לצייר, לפיו פעילות נוסח ה"מסלול הוולונטרי" היא שגרתית ונפוצה במדינות רבות, הרי שבדיקת המקרים שפורטו מגלה כי פעילות ממוסדת של יחידות אכיפת חוק בדומה למשיבה מס' 1 קיימת רק במיעוט מהמקרים הנסקרים ובכל אותם מקרים קיימת מסגרת חוקית רלוונטית. המשיבים עצמם מצביעים בסקירתם המשווה על מקורות סמכות שונים על פיהם פועלות המדינות השונות להסרת תכנים מרשת האינטרנט ובכלל זה סמכות מכוח רגולציה של האיחוד האירופי.

25. כפי שנראה כאן, סקירת המשפט המשווה מחזקת את טיעוני העותרים. המקרים העיקריים שלשיטת העותרים ניתנים להשוואה לפעילות יחידת הסייבר הישראלית - הן מבחינת מודל עבודה על בסיס תנאי השימוש של החברות הן מבחינת היקף בקשות ההסרה - מוגבלים ליחידות המופעלות על-ידי אנגליה, האיחוד האירופי וצרפת. יחידות אלה פועלות, בדומה למשיבה מס' 1, על בסיס שיתוף פעולה וולונטרי לכאורה עם ספקיות תוכן, וזאת בהיקפים של אלפי בקשות בשנה וכאשר חלק ניכר מהתוכן המופנה מוגדר כתוכן הקשור לטרור. ואולם, אף בשלושת המקרים הללו קיימת מסגרת חוקית ייחודית המעגנת את הסמכות להפניית בקשות הסרת תכנים מהרשת.

א. **אנגליה:** החוק האנגלי מתווה סמכות ברורה להסרת תכנים מהאינטרנט ומעניק סמכות הסרה כאמור בידי רשות מינהלית. אנגליה מפעילה יחידה הדומה במהותה לפעילות המשיבה מס' 1. כאמור בהשלמת הטיעון מטעם המשיבים, היחידה ידועה בשם Counter Terrorism Internet Referral Unit (CTIRU) והיא היחידה הראשונה בעולם שהחלה לפעול במודל הנשען על בקשות וולונטריות שממוענות לחברות פרטיות על פי תנאי השימוש שלהן עצמן, לאחר שנקבע כי מהוות עבירה על פי הדין הפנימי. הסמכות לבקש הסרת תכנים מהרשת מעוגנת בסעיף 3 ל-Terrorism Act 2006 שיוצר מסגרת חוקית המאפשרת דיווח והסרה (notice & takedown). בעוד הסעיפים 1 ו-2 לחוק האנגלי מגדירים, בהתאמה, עבירות של encouragement of terrorism וכן dissemination of terrorist publication, סעיף 3 מחיל עבירות אלה על רשת האינטרנט וסעיף (3)(3) מקנה סמכות לבקש מספקיות תוכן להסיר פרסומים שנקבע כי מפרים את החוק. וזו לשונו המלאה של סעיף (3)(3):

### Application of ss. 1 and 2 to internet activity etc.

...

- (3) A notice under this subsection is a notice which—
- (a) declares that, in the opinion of the constable giving it, the statement or the article or record is unlawfully terrorism-related;
  - (b) requires the relevant person to secure that the statement or the article or record, so far as it is so related, is not available to the public or is modified so as no longer to be so related;
  - (c) warns the relevant person that a failure to comply with the notice within 2 working days will result in the statement, or the article or record, being regarded as having his endorsement; and
  - (d) explains how, under subsection (4), he may become liable by virtue of the notice if the statement, or the article or record, becomes available to the public after he has complied with the notice.

לאור זאת, ברור כי החוק האנגלי מעגן באופן מפורש סמכות של רשות מינהלית להורות על הסרת תכנים באמצעות שיטת עבודה של דיווח לספקיות תוכן אינטרנטיות. קיומה של סמכות זו בדין האנגלי מהווה שוני משמעותי בין המצב החוקי עליו נשענת פעילות CTIRU באנגליה ובין המצב עליו נשענת פעילות המשיבה מס' 1 בישראל.

ולמרות ההסמכה המפורשת באנגליה, בספרות הובעה העמדה כי הן החוק האנגלי המסמיך והן פעילותה של CTIRU בעקבותיו באופן וולונטרי מהווים הפרה של האמנה האירופאית לזכויות אדם ועל כן אינם חוקיים (ראו: Brian Chang, *From Internet Referral Units to International Agreements: Censorship of the Internet by the UK and EU*, 49 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 114 (2018)). שאלות אלה חורגות מהיקף הדיון בענייננו ואינן נדרשות להכרעה. די בכך כי באנגליה קיים שוני משמעותי בהסדרה החוקית באופן שמעגן סמכות כופה להסרת תכנים מהאינטרנט באמצעות דיווח של רשות מינהלית, בעוד המשיבים אינם יכולים להצביע על מקור סמכות כלשהו לדיווחים שהם משגרים.

ב. **האיחוד האירופי** מפעיל, באמצעות סוכנות יורופול (Europol), יחידה דומה במהותה ליחידת הסייבר הישראלית ואולם, יחידה זו פועלת על פי הסמכה מפורשת שנקבעה בחקיקה של פרלמנט האיחוד האירופי (Europol Regulation 2016/794). המשיבים אינם חולקים על קיומה של סמכות מפורשת במקרה האירופי. סעיף 4(1)(m), שנזכר בהשלמת הטיעון מטעם המשיבים, קובע כדלקמן:

#### Article 4

Europol shall perform the following tasks in order to achieve the objectives set out in Article 3 :

...

- (m) support Member States' actions in preventing and combating forms of crime listed in Annex I which are



facilitated, promoted or committed using the internet, including, in cooperation with Member States, the **making of referrals of internet content, by which such forms of crime are facilitated, promoted or committed, to the online service providers concerned for their voluntary consideration of the compatibility of the referred internet content with their own terms and conditions.**

די באמור כדי להצביע על השוני בין המצב החוקי הקיים בישראל לבין המצב החוקי הקיים באיחוד האירופי ואשר על פיו מוסמכת יחידת היורופול לפעול להסרת תכנים.

ג. **צרפת** מפעילה אף היא יחידה דומה המוסכמת באופן מפורש, מכוח סעיף 12 לחוק הצרפתי למאבק בטרור, לפנות בבקשות להסרת תכנים מהרשת, כפי שגם פורט בסעיף 32 להשלמת הטיעון. המשיבים מצביעים בעצמם על מקור סמכות זה ומודים כי היחידה הצרפתית (OCLCTIC) פועלת על פי הסמכה בחוק. די בכך כדי להראות שגם במקרה זה קיים שוני משמעותי בין ההסדר החקיקתי הקיים בצרפת ובין ההסדר החקיקתי הנעדר בישראל. ואולם, להשלמת התמונה יצוין כי החוק מכפיף את פעילות היחידה הצרפתית לביקורת חיצונית של ה-National Commission on Informatics and Liberties (CNIL). על פי הסדר זה, כל פניה להסרת תוכן מועברת במקביל למבקר המוסמך והוא יכול להחליט אם להפנות את ההחלטה לבית משפט.

26. הנה כי כן, יוצא כי הפעילות באנגליה, האיחוד האירופי וצרפת נובעת מחקיקה ברורה המסמיכה את פעילות אותן יחידות. זאת, בשונה מפעילות המשיבה מס' 1 שאינה מעוגנת בחקיקה כלל ואינה נשענת על מקור סמכות כלשהו.

27. הפעילות במדינות האחרות המובאות בהשלמת הטיעון מטעם המשיבים אינה דומה לפעילות המשיבה מס' 1 ומהווה ערבוב מין בשאינו מינו. זאת, לא רק מבחינת קיומה של סמכות, אלא גם מבחינת אופי הפעילות, היקף הפניות, זהות הגורם הפונה, דרכי הטיפול בפרסומים, סוג הפניה לספקיות התוכן (דרישה או המלצה להסיר תכנים על פי כללי השימוש) וכן סוג התוכן המוסר. נעמוד בקצרה על חלק מהדוגמאות שהוזכרו בסקירה המשווה אך לטעמנו אין רלוונטיות לענייננו ומסיתות את המוקד מאופן הפעילות של המשיבה מס' 1 השונה מהמקרים להלן:

א. בחלק מהמדינות עליהן מצביעה השלמת הטיעון - כגון **ארה"ב וקנדה** - לא ברור האם קיים מנגנון דומה כלשהו והמשיבים מצביעים על נתונים עמומים למדי מטעם הרשות החברתיות עצמן על מנת לגזור כי קיימים דיווחים לא פורמליים על פי תנאי השימוש של החברות. ואולם, הנתונים אליהם מפנה המשיבה אינם מלמדים בהכרח כי הפניות האלו הן פניות "וולונטריות" המבוססות על תנאי השימוש של ספקיות התוכן עצמן. המדינה אף מודה ומציינת כי **"דוחות השקיפות אינם כוללים הסרות של תכנים אשר דווחו ונמצאו כמפרים את תנאי השימוש של הפלטפורמות המקוונות"** (פס' 53 להשלמת הטיעון בנוגע לנתונים באשר לארה"ב וציטוט זהה בפס' 55 בנוגע לנתונים באשר לקנדה). כמו כן, על פי הנתונים שהמדינה מביאה בהשלמת הטיעון, ברור כי אין מקום להשוות מבחינת היקף

הבקשות: עשרות או מאות בודדות של בקשות בשנה במקרה של קנדה או ארה"ב לעומת אלפי בקשות בשנה במקרה של יחידת הסייבר הישראלית.

ב. חלקן האחר של המדינות האירופאיות הנזכרות בהשלמת הטיעון מופיעות רק בדרך אגב, כאשר נטען שהן מפעילות מנגנון "וולונטרי", ללא פירוט ממשי באשר לטיבו של מנגנון זה, אופן פעולתו, היקפו או פרטים אחרים המאפשרים להבין אם מדובר במנגנון דומה דיה לזה המופעל על ידי המשיבה מס' 1.

- בעניין **גרמניה**, אמנם השלמת הטיעון מציינת כי החוק הקיים (ה-NetzDG) "אינו מתייחס כלל לפעולה של המדינה מול הפלטפורמות המקוונות, בבקשה או בדרישה להסיר תכנים או להגביל גישה אליהם", אולם ממשיכה לטעון, על-פי "מיטב הידיעה" וללא צירוף תצהיר כלשהו, כי "יחידות משטרתיות בגרמניה מדווחות לפלטפורמות המקוונות על תכנים בלתי-חוקיים באפיק הוולונטרי" (פס' 38 להשלמת הטיעון).

- בעניין **אירלנד** נטען כי מופעל מודל וולונטרי, אם כי בפועל מדובר בשיתוף פעולה מתוחם שאינו דומה כלל לפעילותה של המשיבה מס' 1, שכן שם לא דובר על בקשות להסרת תכנים מרשתות חברתיות על פי תנאי השימוש כי אם על חסימת אתרים פדופיליים באופן הבא: "ספקיות הגישה לאינטרנט תקבלנה לידיהן את רשימת אתרי הפדופיליה המגובשת דרך קבע על-ידי האינטרפול, ותחסומנה גישה אליהם." (פס' 43 להשלמת הטיעון).

- בעניין **ספרד** נטען, ללא ביסוס הטענה או פירוט, כי "שתי רשויות שלטוניות בספרד פועלות באפיק הוולונטרי מול הפלטפורמות המקוונות, בעקבות הסכם האיחוד האירופי" (פס' 36 להשלמת הטיעון). מסקנה זו נשענת על טענה לא מבוססת אחרת, שנטענה ללא כל הפניה, לפיה "בצו המלכותי אין התייחסות מפורשת לשיתוף פעולה עם פלטפורמות מקוונות, ושיתוף פעולה כאמור נערך באפיק וולונטרי" (פס' 35.א. להשלמת הטיעון). כמו כן, באשר למשרד הנזכר בסעיף 35.ב, בהשלמת הטיעון נטען כי הוא פועל "במסגרת האפיק הוולונטרי", אולם כל אשר ניתן למצוא בהפניות הוא דיווח שהמשרד למאבק נגד פשעי שנאה הוכר כמדווח מהימן על-ידי טוויטר וכי ביקש מעמד זה מחברות אחרות.

- יוער, בהקשר זה, כי גופים הפועלים על פי הסכם האיחוד האירופי מוגבלים לתכנים המוגדרים כפרסומי שנאה, ומרביתם המכרעת של הארגונים הפועלים על-פי הסכם זה הם ארגוני חברה אזרחית. ניכר כי הגופים הממשלתיים השותפים להסכם זה, כגון המשרד הספרדי הלאומי למאבק בפשעי שנאה **והסוכנות הממשלתית הבלגית העצמאית (UNIA)**, דומים במהותם ובפעילותם לארגוני חברה אזרחית. זאת, בשונה מגופי אכיפת חוק כגון המשיבה מס' 1 הפועלים באופן עצמאי ולאכיפת חוקי המדינה. ראו בהקשר זה אתר האינטרנט של UNIA המפרט את פעילותה כנגד אפליה במישור החינוכי-קהילתי וכן טיפולה בפניות פרטניות (<https://www.unia.be/en>).

ג. מדינות אחרות שאינן חלק מהאיחוד האירופי, כגון **אוסטרליה וניו-זילנד**, אינן מפעילות מערך דומה כלל ליחידת הסייבר הישראלית. כמו כן, הסרת פרסומים מהרשת הן באוסטרליה והן בניו-זילנד מעוגנת במסגרת חוקית ברורה ויעודית, כפי שאכן מציינת הסקירה המשווה.

ראוי להרחיב בנושא פעילות זו ואופייה של הסמכות הקיימת על מנת להבהיר את הדברים. כך למשל, די להסתכל בדו"חות אותן מפרסם משרד ה-eSafety Commissioner האוסטרלי כדי להבחין בכך שפעילותו שונה מפעילות יחידת הסייבר וכי היא נעשית בהתאם למסגרת חוקית ברורה ומפורשת.

דו"חות אלה זמינים כאן: <https://www.esafety.gov.au/about-us/corporate-documents/annual-reports>

הדו"ח של ה-eSafety Commissioner האוסטרלי לשנת 2019-2020 מפרט את סמכויותיו על פי חוק, ובגדרן האפשרות לפנות לספקיות תוכן, במקרים מוגדרים וברורים, כאשר עיקר הפעילות היא בתחום מניעת הפצת תוכן מיני אסור, התעמרות או תוכן המכיל אלימות קשה, וזאת בדרך כלל לאחר קבלת דיווחים ספציפיים בנושא. לא מדובר בפניות שמבוססות על יחסים לא רשמיים וולונטריים, כי אם בפניות מכוח חוק, שאי היענות אליהן עלולה להוות עבירה פלילית על פי החוק האוסטרלי. כבר בפתחו של הפרק העוסק במשרד ה-eSafety Commissioner בעמ' 218, מצוינת הסמכות החוקית על פיה פועל המשרד:

The functions of the eSafety Commissioner are set out in section 15 of the Enhancing Online Safety Act 2015 (EOS Act) and accompanying legislative rules.

In accordance with the legislation, eSafety's specific responsibilities include:

...

> administering the Online Content Scheme for the removal of prohibited or potentially prohibited internet content, in accordance with schedules 5 and 7 to the Broadcasting Services Act 1992 (BSA)

...

> issuing notices to content services and hosting services about abhorrent violent material available on their services via amendments to the Criminal Code Act 1995

ובהמשך, בעמ' 218, מפורט גם בנוגע לתיקון חקיקה נוסף:

Under the recently introduced Criminal Code Amendment (Sharing of Abhorrent Violent Material) Act 2019 (the AVM Act), the eSafety Commissioner may issue a notice to content services or hosting services in relation to abhorrent violent material (AVM) provided via their service.

AVM includes content recorded by a perpetrator or their accomplice of conduct including terrorism leading to serious injury or death, murder and attempted murder, rape, torture and kidnapping.

A notice issued by eSafety (AVM notice) serves to bring the AVM to the attention of the service. A failure by the service to expeditiously remove the material may be a Commonwealth criminal offence.

During the reporting period, eSafety has issued 16 AVM notices.

**לאור האמור, ברור כי החוק הקיים באוסטרליה מהווה מסגרת מפורשת לפעילות ה-eSafety Commissioner באופן המאפשר הגשת בקשות חוקיות ברורות להסרת תכנים, וזאת שלא במסגרת "לא פורמלית" אשר מודל העבודה שלה נשען על תנאי השימוש של ספקיות התוכן עצמן. כמו כן, ברור כי הן היקף הבקשות (עשרות עד מאות בודדות) והן סוג הבקשות (תוכן מיני אסור, התעמרות, אלימות קשה) המוגשות במסגרת פעילות ה-eSafety Commissioner שונה משמעותית לעומת פעילות יחידת הסייבר, באופן ההופך את ההשוואה ללא רלוונטית.**

**בדומה לאוסטרליה, בניו-זילנד קיים חוק ברור ומפורש, כאמור בהשלמת הטיעון, אולם חשוב להדגיש כי אין מדובר במודל עבודה של "מסלול וולונטרי" וכי הגוף שפונה בבקשות שונות על פי החוק - NetSafe - אינו רשות ממשלתית כי אם ארגון חברה אזרחית, המקדם את בטיחות האזרחים הניו-זילנדים באינטרנט, ואשר הופקד על קידום וטיפול בבעיות ספציפיות ומוגדרות על פי חוק, ובעיקר בנוגע להתעמרות ברשת.**

28. הנה כי כן, בחינת הסקירה המשווה אותה מספקת השלמת הטיעון מעלה שני היבטים. ראשית והחשוב לענייננו הוא שאך במיעוט מהמדינות קיימות יחידות המתפקדות באופן דומה ליחידת הסייבר מבחינת מודל העבודה והיקף התכנים המוסרים, ובכל אותם מקרים קיימת כאמור מסגרת חוקית ייעודית ומפורטת המסדירה את הסרת התכנים מהאינטרנט. שנית, הסקירה מנסה לטשטש את הקו בין בקשות פורמליות לבקשות וולונטריות ובין בקשות שנעשות מכוח סמכות על פי מסגרת חוקית ובין בקשות ללא סמכות כלל בדומה לבקשותיה של יחידת הסייבר. סקירה זו מדמה מציאות לא מדויקת לפיה מדינות רבות פועלות באותה גישה של יחידת הסייבר.

## **סוף דבר**

29. לאור היעדר כל הסמכה בחוק המאפשרת את המשך הפעלת ה"מסלול הוולונטרי" ולאור הסקירה המשווה המצביעה על קיומם של הסדרים שונים המעוגנים בחקיקה להפעלת יחידות דומות במדינות אחרות, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן בזאת צו על-תנאי כמבוקש בעתירה ולהפוך את הצו למוחלט לאחר קבלת עמדת המשיבים.

---

רביע אגבריה, ע"ד

ב"כ העותרים