

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 סארי עראף 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

העותרים

-נגד-

1. פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר

2. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ מטעם מחלקת הבג"צים, ירושלים
רח' צלאח א-דין 31 ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תחדל לאלתר יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה מפניה יזומה לספקי תוכן בבקשות להסרה "וולונטרית" של תכנים מהרשת.

מבוא

1. בפרקליטות המדינה פועלת מאז מחציתה השנייה של שנת 2015 יחידת סייבר המפעילה מנגנון שמכונה "אכיפה אלטרנטיבית במסלול הוולונטרי", בין אם באופן חלופי ובין אם באופן משלים להליכי אכיפה אחרים. במסגרת מנגנון זה, פונה היחידה אל ספקיות תוכן ומבקשת מהם להסיר תכנים; להגביל גישה אליהם; לחסום תכנים; להשעות משתמשים או להרחיקם. זאת, על בסיס חשד לכאורי בלבד, מבלי פניה לערכאות במסגרת דיונית ברורה ומבלי מתן זכות טיעון לגורם המפרסם או יידוע אותו.
2. מנגנון זה פועל ללא כל הסמכה בחוק ומפקיד בידי הפרקליטות, כגוף מינהלי, את האפשרות לקבוע, ללא פניה לערכאות וללא מתן זכות טיעון, כי תוכן מסוים הוא בלתי חוקי, ועל בסיס האמור בלבד לבקש מספקיות תוכן – לרוב באופן וולונטרי לכאורה – להפעיל סנקציה קשה של הסרה, הגבלה או חסימה של תוכן.
3. מדובר, אם כן, במנגנון משולל סמכות הפוגע קשות בזכויות החוקתיות לחופש הביטוי ולהליך הוגן, ללא עמידה בתנאי פסקת ההגבלה ותוך הפרה מצטברת של עקרונות יסוד במשפט המינהלי והחוקתי לרבות עקרון חוקיות המינהל וכללי הצדק הטבעי.
4. חרף פניות העותרים למשיבים וההתרעות מפני אי החוקתיות ואי החוקיות שבפעילות זו וחרף הבקשות לחדול מהשימוש במנגנון זה לאלתר, המשיבים לא שעו לבקשת העותרים ועודם ממשיכים, ללא כל הסמכה כנדרש וללא קיום הליך הוגן המבטיח רמה מינימאלית של שקיפות נאותה או ביקורת שיפוטית, בהפעלת מנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" תוך הפרה בוטה של זכויות חוקתיות ועקרונות יסוד כאמור.
5. מכאן העתירה דן המבקשת מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תחדל לאלתר יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה מפנייה יזומה לספקי תוכן בבקשות להסרה "וולונטרית" של תכנים מהרשת.

הצדדים לעתירה

6. **העותר מס' 1**, עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, הוא ארגון זכויות אדם הרשום כעמותה בישראל. **העותרת מס' 2**, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא ארגון זכויות אדם הרשום כעמותה בישראל.
7. **המשיבה מס' 1** – יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה – מפעילה את מנגנון האכיפה האלטרנטיבית הנתקף בעתירה זו. **המשיב מס' 2** – היועץ המשפטי לממשלה – עומד בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת והשירות המשפטי הציבורי ואשר בהנחייתו פועלת המשיבה מס' 1.

רקע עובדתי ומיצוי הליכים

א. יחידת הסייבר ומנגנון "האכיפה האלטרנטיבית"

8. בחודש ספטמבר 2015 החלה הקמתה של יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: "יחידת הסייבר" או "היחידה"). על פי דו"ח שפרסמה היחידה לסיכום פעילותה בשנים 2015 ו-2016 (להלן: "דו"ח סיכום 2015-2016"), הקמתה "נבעה מהצורך בריכוז מאמץ בהתמודדות עם הפשיעה והטרור במרחב הסייבר, לאחר שזוהתה מגמת עלייה חדה בפשיעת הסייבר" (שם, בעמ' 2).

- העתק דו"ח סיכום 2015-2016 מצורף ומסומן ע/1.

9. הדו"ח ממשיך ומספר, כי כחלק מפעילותה נוהגת היחידה לפנות באופן יזום אל ספקיות תוכן בבקשות להסרת "תכנים אסורים" מהרשת, במנגנון שזכה על-ידה לכינוי "אכיפה אלטרנטיבית", כל אימת שהטיפול הפלילי ה"קלאסי" אינו אפשרי מסיבות שונות (שם, בעמ' 4).

10. על פי מנגנון זה, יחידת הסייבר פונה כאמור אל ספקיות התוכן, ביניהן חברות "Facebook" ו-"Google", ומבקשת מהן להסיר תכנים מסוימים מהרשת; להשעות משתמשי אינטרנט מסוימים; להגביל או לחסום את הגישה לתכנים מסוימים ועוד. כך תוארה אכיפה זו בדו"ח סיכום שנת 2015-2016:

"האכיפה האלטרנטיבית כלפי עברות הביטוי במרחב הסייבר באה לידי ביטוי במגוון טכניקות ובהן פעולה להסרת התכנים האסורים, הגבלת הגישה אליהם דרך תוצאות החיפוש במנוע החיפוש, חסימת גישה אל התכנים, והשעייה או הרחקה של משתמשי אינטרנט" (שם, עמ' 4).

11. במסגרת "האכיפה האלטרנטיבית", תוארו שני אפיקי פעולה של יחידת הסייבר: הראשון, שזכה לכינוי "המסלול הוולונטרי" והנתקף בעתירה דנן, כולל פנייה לספקיות התוכן בבקשה שיפעלו – על בסיס וולונטרי לכאורה – להסרת פרסום (תוכן), ללא פניה כלשהי לערכאות וללא מתן זכות טיעון לגורם המפרסם; השני, שזכה לכינוי "המסלול הפורמלי", כולל הוצאת צו שיפוטי, המופנה כלפי ספקיות השירות ואשר אוסר את המשך הפרסום ומורה להסירו. כך תוארו מסלולים אלו בדו"ח סיכום 2015-2016:

"הטכניקות מיושמות באחת משתי דרכים – בדרך פעולה על בסיס וולונטרי מול ספקיות השירות האינטרנטיות השונות ובדרך של פעולה על בסיס משפטי פורמלי. המסלול הוולונטרי כולל דיווח של יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה על עברה פלילית לכאורה, שנעברה באמצעות הפרסום האסור, וכן הצבעה על הפרה של תנאי מתנאי השימוש של ספקית השירות. המסלול הפורמלי כולל בקשה למתן צו, על פי החוק הישראלי, שיאסור את המשך הפרסום, או הצגה של צו כאמור ואכיפתו בפועל כלפי ספקית השירות" (שם, בעמ' 4, ההדגשות הוספו – ר.א.).

12. זאת ועוד, על פי דו"ח סיכום 2015-2016, פועלת היחידה נגד "פרסומים אסורים" לכאורה במספר תחומים: (א) פרסומי הסתה לאלימות ולטרור ותמיכה בארגוני טרור; (ב) פרסומים

אסורים כלפי עובדי ציבור על רקע מילוי תפקידם, הכוללים עברות של פגיעה בפרטיות, הסתה לאלימות, לשון הרע, העלבת עובד ציבור ועוד; (ג) הפרות של חוקי איסור פרסום וצווים שיפוטיים האוסרים על פרסום עניינים הנוגעים, למשל, לקטינים, זהות עדים האסורה בפרסום, מתלוננות בעבירות מין וכדומה;

13. במהלך שנת 2017 הושלם שלב ההקמה הראשוני של יחידת הסייבר ועל פי דו"ח פרקליטות המדינה לאותה שנה, יחידת הסייבר מתפקדת "הן כיחידת מטה, הן כיחידה המנהלת תיקים פליליים והן כיחידה המנהלת הליכי אכיפה אלטרנטיביים בנוגע לפרסומים אסורים באינטרנט וברשתות החברתיות" (שם, בעמ' 45, ההדגשות הוספו – ר.א.). במסגרת דו"ח זה, הורחב תיאורה של "האכיפה האלטרנטיבית" ככלי אכיפה חלופי ומשלים לאכיפה הפלילית:

"אכיפה אלטרנטיבית היא שורה של פעולות משפטיות-טכנולוגיות לצמצום הנזק העלול להיגרם כתוצאה מפעילות אסורה המבוצעת במרחב המקוון. ברמה המעשית, האכיפה האלטרנטיבית כוללת מגוון רחב של טכניקות לצמצום החשיפה אל הפרסום או התוכן האסור, וזאת בין היתר באמצעות הסרת תוכן, חסימת משתמשים, סינון תוצאות חיפוש, הגבלת גישה לתוכן ועוד. האכיפה האלטרנטיבית משמשת ככלי אכיפה חלופי לאכיפה הפלילית ה'קלאסית', כאשר לא ניתן לזהות באופן פרסונלי את מבצע העבירה, לאתר או להביאו לדין; וככלי אכיפה משלים לאכיפה הפלילית ה'קלאסית', כאשר החשוד נחקר ועומד למשפט, בבחינת מהלך של הפסקת המשך ביצוע העבירה" (שם, בעמ' 46, ההדגשות במקור)

- העמודים הרלוונטיים מדו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2017 מצורפים ומסומנים ע/2.

14. להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת האכיפה אלטרנטיבית, פועלת יחידת הסייבר גם על פי "המסלול הפורמאלי" כאמור. בשנת 2018 החלה יחידת בפעילות לחסימת הגישה של גולשים ישראלים לאתרי אינטרנט, בהתאם לסמכות שעוגנה בחקיקה חדשה. חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017 (להלן: "חוק חסימת אתרים") חוקק במטרה להתמודד עם תופעה של "אתרים רבים, שפעמים רבות ממוקמים מחוץ לישראל", וש"מציעים גישה זמינה וקלה ביותר... להימורים בלתי חוקיים, לחומרים פדופיליים ולרכישת סמים מסוכנים." (דברי הסבר, הצע"ח הממשלה 839 עמ' 338 (3.2.2014)). לצורך זה נקבעו בחוק סמכויות להוצאת צווים שיפוטיים שיורו לספקיות השירות באינטרנט, דוגמת בזק ונט-ויז'יון (ISPs); להבדיל מספקיות תוכן דוגמת פייסבוק, טוויטר, גוגל וכד', לחסום את גישתם של גולשים ישראלים לאתר שבו מתבצעת העבירה.

15. יובהר כבר עתה כי המשיבים ניסו לקדם חקיקה שתעגן סמכות רחבה יותר להסרת תכנים ב"מסלול פורמאלי" - הצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן), התשע"ח-2018 (בשמה הקודם הצעת חוק להסרת תוכן שפרסומו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז-2016, הצ"ח הממשלה 1104 עמ' 742). בהצעת החוק, שנודעה בכינוי "חוק הפייסבוק", הוסמך בית משפט מחוזי להורות לאתר אינטרנט בצו שיסיר תוכן, אם שוכנע שבוצעה עבירה פלילית באמצעות פרסום התוכן, ושקיימת אפשרות ממשית שהמשך הפרסום יגרום לפגיעה בביטחון המדינה, בביטחונו של אדם או לפגיעה חמורה בכלכלת המדינה (ר' סעיף 2 להצעת החוק, שהונחה להצבעה בקריאה שנייה ושלישית).

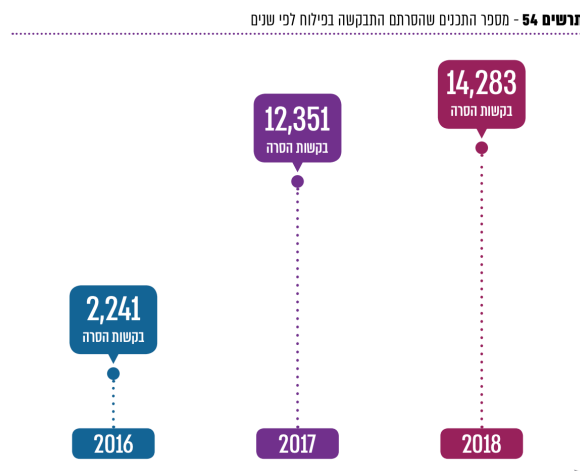
- נוסח הצעת חוק להסרת תוכן שפרסומו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז, ונוסח הצעת החוק שהונחה להצבעה בקריאה שנייה ושלישית מצורפים ומסומנים ע/3 – ע/4 בהתאמה.

16. הצעת חוק הפייסבוק נדונה בכנסת ה-20 ואף גובש נוסח סופי לקריאה שנייה ושלישית, או אז החליטה הממשלה שלא להעלותה להצבעה ועל כן נבלמה בסופו של יום. בהעדר חקיקה מסמיכה, לא קיים "מסלול פורמאלי" להסרת תכנים מהרשת (להבדיל מחסימה על פי חוק חסימת אתרים), ועל כן יחידת הסייבר פונה אל ספקי התוכן, דוגמת "Facebook" ו-"Google", ומבקשת שיפעלו באופן "וולונטרי" להסרת תכנים (וככל הנראה, לעיתים גם להשעיית משתמשים).

ב. היקף השימוש במנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" ותוצאותיו

17. באשר להיקף השימוש במנגנון "האכיפה האלטרנטיבית", מהדו"חות הקיימים עולה כי מאז החלה פעילותה של יחידת הסייבר בשנת 2015, חל גידול מתמשך בהיקף הבקשות להסרת תכנים שהיחידה מגישה לספקיות השירות. בשנת 2016 הגישה יחידת הסייבר 2,241 בקשות להסרת תכנים מהרשת ואילו בשנת 2017 הגישה היחידה 12,351 בקשות כאמור. לאחרונה, פורסם דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2018, לפיו בשנת 2018 כבר עלה מספר הבקשות ל-14,283, דהיינו עליה של יותר מ-600% בהיקף השימוש במנגנון זה ביחס לשנת 2016 (ר' התרשים להלן שמציג נתונים אלה במקור בעמ' 63 לדו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2018).

- העמודים הרלוונטיים מדו"ח פרקליטות המדינה – לשנת 2018 מצורפים ומסומנים ע/5.



18. יובהר, בהקשר זה, כי כל בקשה להסרת תוכן כאמור אין משמעותה הסרת פרסום בודד בהכרח, כי אם "ייתכן שכל 'תוכן' שכזה כולל בתוכו עשרות ולעיתים אף מאות קישורים (URLs) לתכנים פוגעניים, מסיתים אלימים ולא חוקיים" (עמ' 5 לדו"ח סיכום 2015 – 2016).

19. באשר לתוצאות השימוש במנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" – מהנתונים עולה כי רובן המכריע של הבקשות להסרת תכנים נענות על ידי ספקיות התוכן בחיוב. כך למשל, בשנתיים האחרונות

דווח על הסרה מלאה או חלקית של תכנים בכ-90% מן המקרים, כפי שניתן ללמוד מהתרשימים שבדוחות הפרקליטות והמובאים להלן:

תרשים 47 - התפלגות התכנים המפירים לפי תוצאות הטיפול



- התרשים מתוך דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2017 (נספח ע/2 לעיל), עמוד 47

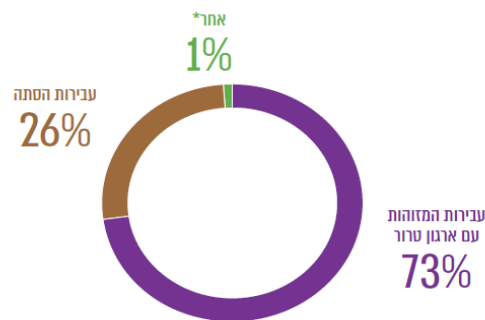
תרשים 55 - פילוח תוצאות הבקשות להסרת תכנים או הגבלת גישה במישור הוולונטרי



- התרשים מתוך דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2018 (נספח ע/5 לעיל), עמוד 64

20. באשר להתפלגות התכנים שהסרתם התבקשה, מהנתונים עולה כי מרביתן המכרעת של הבקשות עוסקות לכאורה בתכנים המהווים "הזדהות עם ארגון טרור" או "עבירות הסתה". כך למשל, בשנת 2017, שיעור הבקשות שעסקו ב"עבירות המזוהות עם ארגון טרור" עמד על 73% ואילו שיעור הבקשות שעסקו ב"עבירות הסתה" עמד על 26%. כלומר, יחדיו מדובר בשיעור כולל של 99% מתוך 12,351 הבקשות שהוגשו.

תרשים 46 - התפלגות התכנים שהסרתן התבקשה לפי סוג התוכן הפוגעני



* אחר - פגיעה בפרטיות, "חוק הסרטונים", הפרת איסור פרסום, פרסום שירותי זנות ועוד

- התרשים מתוך דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2017 (נספח ע/2 לעיל), עמוד 47

21. בדומה, בשנת 2018, שיעור הבקשות שעסקו ב"עבירות הקשורות לארגון טרור" עמד על 80% ואילו שיעור הבקשות שעסקו ב"עבירות הסתה לאלימות והסתה לטרור" עמד על 19%. יתר הבקשות, שמהוות 1% מכלל הבקשות, עסקו בהסתה לגזענות, פגיעה בפרטיות, חוק הסרטונים, הפרת זכויות פרסום, פרסום שירותי זנות ועוד.

תרשים 56 - פילוח בקשות להסרת תוכן או הגבלת גישה במישור הוולונטרי לפי סוגי העבירות הפליליות המתבצעות במרחב המקוון:



- התרשים מתוך דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2018 (נספח ע/5 לעיל), עמוד 64

22. בנוסף לנתונים אלה, עולה כי מרביתן המכרעת של הבקשות מוגשות לרשתות חברתיות, ובעיקר לרשת פייסבוק שמוגשות אליה 87% מהבקשות.

תרשים 57 - פילוח בקשות להסרת תוכן או הגבלת גישה במישור הוולונטרי בפילוח לפי סוג הפלטפורמה האינטרנטית



- התרשים מתוך דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2018 (נספח ע/5 לעיל), עמוד 64

23. להשלמת התמונה, יצוין כי מעבר לנתונים שפורטו, אין בנמצא נתונים נוספים אודות מהות התכנים עצמם שהתבקשה הסרתם על-ידי יחידת הסייבר שבפרקליטות. המשיבים דחו את כל הבקשות שהופנו אליהם שייחשפו ולו מקצת מהתכנים שהוסרו לבקשת יחידת הסייבר, ומדבריהם אף עולה שהם עצמם אינם שומרים תיעוד של כל התכנים הללו.

24. כך למשל, במענה לבקשת חופש המידע שהגישו מספר ארגונים, והעותרת 2 בכללם, סירבו המשיבים לחשוף תכנים שהוסרו בעקבות פעולות של "אכיפה אלטרנטיבית". הם נמקו את סירובם בכך ש"חשיפת תוכן פרסומים הנוגעים להסתה לאלימות וטרור עלולה לפגוע באינטרסים ביטחוניים שונים", והוסיפו שגם התכנים האחרים אינם ניתנים לאיתור, שכן "מחלקת הסייבר ככלל לא שומרת את הפרסומים הפוגעניים עצמם ומקום בו אלה הוסרו אין יכולת לשחזרם...".

- העתק של פניית הארגונים מיום 7.6.2017 ושל המענה מיום 24.7.2017 מצורף ומסומן ע/6.
- 25. דברים דומים עולים מההתדיינות בעתירה שהגיש העיתונאי תומר אביטל לחשיפת תכנים שהפרקליטות ביקשה להסיר (עת"ם (ים) 39075-01-19 תומר אביטל נ' הממונה על חוק חופש המידע במשרד המשפטים (תלוי ועומד)).
- 26. בהמשך לסירובם זה, המשיבים גם דחו בקשות להקמת מנגנון פיקוח ציבורי על פעילותם. במענה לפנייה של קליניקות למשפט וארגונים, לרבות העותרת 2, הסבירו המשיבים, שלאור אמצעי הבקרה שכבר ננקטו "איננו רואים הצדקה, לעת הזאת, להקים מנגנון מיוחד כאמור".
- העתק הפנייה מיום 22.10.2018 ומענה המשיבים מיום 21.11.2018 מצורף ומסומן ע/7.

ג. הפניות להפסקת הפעילות הלא חוקית ומיצוי ההליכים

- 27. לאחר שפעילותה היזומה של יחידת הסייבר בפניה לספקיות תוכן להסרת פרסומים הגיעה לידיעת העותרים ועל רקע פרסום הנתונים בדו"ח סיכום 2015-2016, פנה העותר מס' 1 כבר ביום 2.8.2017 למשיבים בבקשה לחדול לאלתר מהפעלת צנזורה על תכנים ברשת באמצעות מנגנון האכיפה האלטרנטיבית המופעל על ידי יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה.
- 28. במסגרת זו, הופנתה תשומת הלב לכך שפעילות יחידת הסייבר במסגרת מנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" פוגעת קשות בחופש הביטוי, בעקרונות היסוד של הפרדת הרשויות, חוקיות המנהל וזכות הטיעון, ללא כל הסמכה בחוק. בתוך כך, הודגש כי פעולות יחידת הסייבר בהקשר זה הן משוללות סמכות, מאחר ואין בנמצא חוק המתיר לגורמי הרשות המבצעת לצנזר פרסומים על סמך הכרעה מינהלית בלבד ובהיעדר הכרעה שיפוטית לפיה פרסומים אלה מפריס את החוק. זאת ועוד, הודגשה הפגיעה בזכות להליך הוגן והפרת עקרון הפרדת הרשויות, שכן היחידה פונה, בהיעדר כל הליך מוסדר והמאפשר למפרסם להתגונן, בבקשות להסרת תכנים כאמור, תוך נטילת סמכויות שיפוטיות וקביעה שמדובר בעבירה ללא שמתנהל הליך אדברסרי כלשהו.

- פניית העותר מיום 2.8.2017 מצורפת ומסומנת ע/8.

- 29. ביום 30.11.2017 התקבלה תגובה מטעם יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה, במסגרתה צוין כי היחידה פועלת בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, על פי נוהל עבודה סדור, אל מול גורמים שונים להסרה או לחסימת הגישה לתכנים המפרים, לכאורה, את הדין הישראלי ואת תנאי השימוש אשר נקבעו על ידי ספקי השירות עצמן. עוד צוין כי פניה להסרת תכנים כאמור נעשית אך ורק כאשר קיים אינטרס ציבורי המצדיק זאת וכי פעילותה של היחידה נובעת מ"חובתה הסטטוטורית כגוף אכיפה למנוע המשך ביצוען של עבירות". כן הודגש שהיחידה אינה מסירה בעצמה את התכנים מהרשת, כי אם פונה לספקיות ומציינת בפניהן כי סוג התוכן המסוים מפר לכאורה את תנאי השימוש שלהן עצמן, ואלה פועלות באופן וולונטרי להסרת התכנים.

- תגובת יחידת הסייבר מיום 30.11.2017 מצורפת ומסומנת ע/9.

30. בהערת אגב יצוין, כי בניגוד לרושם שעשוי להתקבל מהמילים "נוהל עבודה סדור", הרי שבמכתב ששלחו המשיבים שנה מאוחר יותר (מכתב מיום 21.11.2018 - נספח ע/7 לעיל) כתבו המשיבים: "אשר להמלצתכם לקבוע כללים ונהלים ברורים לפעולתה של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, אכן מדובר בנושא שבכוונתנו לבחון את הסדרתו באמצעות נוהל או הנחייה". מכאן שהפעילות חסרת הסמכות של "אכיפה אלטרנטיבית" מתבצעת, ככל הנראה, שלא על פי הנחיות מנהליות כתובות.

31. בהמשך לאמור ועל רקע פרסום נתונים עדכניים לשנת 2017 באשר להיקף השימוש במנגנון האכיפה האלטרנטיבית כאמור, שב העותר מס' 1 ופנה ביום 21.11.2018 למשיבים בבקשה נוספת להפסיק לאלתר את הפעילות הבלתי חוקתית אותה נוקטת יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה, לפיה פונה היחידה לספקיות תוכן, לרבות הרשות החברתיות, בבקשות להסרת תכנים מהרשת, ללא כל הסמכה בחוק. כמו כן, העותר ביקש מהמשיבים למסור לידיו באופן מידי העתק מאותו נוהל על פיו פועלת יחידת הסייבר.

- פניית העותר אל המשיבים מיום 21.11.2018 מצורפת ומסומנת ע/10.

32. בעקבות תזכורות חוזרות ונשנות (מיום 28.1.2019, מיום 3.4.2019 ומיום 30.9.2019), אך ביום 21.11.2019 הגיבו המשיבים וטענו כי "לעניות דעתנו, פעילות מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, במישור האכיפה האלטרנטיבית, אינה בגדר הפעלת סמכות שלטונית" (ההדגשה הוספה, ר.א.). כמו כן, נטען כי "ספקיות אלו היו אמורות לכאורה להסיר את אותם התכנים גם ללא פנייה מצד הפרקליטות. ... מכל מקום, ההחלטה אם להסיר את התוכן או לא מצויה בידי הספקיות בלבד".

33. עוד צוין, כי "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 לדבר במשרד המשפטים. לראייה, עקרונית הפעולה של המחלקה אף אושרו בידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי), מר רז ניזרי, וכן בידי פרקליט המדינה, מר שי ניצן". חרף זאת וחרף בקשת העותרים לקבלת העתק מכל נוהל סדור על פיו פועלת היחידה, מסמך כאמור לא צורף, ואף דומה שאינו קיים (ר' פס' 30 לעיל).

- מענה המשיבים מיום 21.11.2019 מצורף ומסומן ע/11.

34. מכאן העתירה דן המבקשת מבית המשפט הנכבד להוציא מתחתיו צו על-תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יחדלו לאלתר מהפעלת מנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" במסגרתו פונה המשיבה מס' 1 באופן יזום אל ספקיות תוכן בבקשות "וולונטריות" להסרת תכנים.

הטיעון המשפטי

35. בקליפת אגוז, העותרים יטענו, כי "המסלול הוולונטרי" להסרת תכנים, אותו מפעילה יחידת הסייבר במסגרת מנגנון "האכיפה האלטרנטיבית", הוא מנגנון הפוגע קשות בזכויות החוקתיות לחופש הביטוי ולהליך הוגן, מבלי לקיים את תנאי פסקת ההגבלה ובראשם היעדר כל הסמכה מפורשת בחוק, ותוך הפרת עקרונות יסוד במשפט המינהלי והחוקתי. זאת, בהיותו מנגנון המפקיד בידי הפרקליטות את האפשרות לקבוע את גבולות חופש הביטוי הפוליטי בדמות קביעה שתוכן מסוים הוא בלתי חוקי לכאורה, ללא פניה לערכאות וללא מתן זכות טיעון, ועל בסיס קביעה זו לבקש מספקיות תוכן להפעיל – באופן וולונטרי לכאורה – סנקציה קשה של הסרה, הגבלה או חסימה של תוכן. לגישת העותרים, לא תיתכן מחלוקת כי פניה יזומה של המשיבים אל ספקיות התוכן בבקשות להסרת תכנים מהווה פעילות שלטונית הדורשת הסמכה.
36. יובהר כבר כאן, כי משלא קיימת סמכות בחוק המאפשרת את הפעלתו של "המסלול הוולונטרי" מלכתחילה, העותרים אף אינם נדרשים להצביע על פגיעה כלשהי בזכויות יסוד על מנת להוכיח את אי החוקיות הכרוכה בפעילות זו. זאת, שכן פעילות בהיעדר סמכות מנוגדת לעקרון חוקיות המינהל ודי בכך כדי להורות על הפסקתה. ואולם, העותרים סבורים, כי פעילות יחידת הסייבר אף אינה חוקתית משום שהיא פוגעת בצורה חריפה בחופש הביטוי והזכות להליך הוגן ואינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. על כן, הטיעון המשפטי יידרש תחילה לפגיעתו של מנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" בזכויות החוקתיות.

הפגיעה בחופש הביטוי

37. בעידננו המודרני, הפכו הרשתות החברתיות ל"כיכר העיר המודרנית" ובמסגרת מרחבן הווירטואלי ניתן להביע דעה, לשתף ביטוי, למתוח ביקורת, ליטול חלק בשיח בין אנשים או להיחשף לתכנים שונים. על עלייתם של המרחבים הווירטואליים ככלל והרשתות החברתיות בפרט, כזירה מרכזית וחדשה לשתוף דעות, עמד בית המשפט העליון האמריקאי לא מכבר בעניין *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, 1737 (2017). באותו עניין, נדון איסור במדינת קרולינה על מורשעים בעבירות מין לגשת לרשתות חברתיות ונקבע כי איסור מסוג זה מפר את הוראות התיקון הראשון לחוקה. במסגרת זו, עמד בית המשפט העליון האמריקאי על חשיבותה של נגישות למרחב המקוון ולרשתות החברתיות:

While in the past there may have been difficulty in identifying the most important places (in a spatial sense) for the exchange of views, today the answer is clear. It is cyberspace—the "vast democratic forums of the Internet" in general ... and social media in particular.

By prohibiting sex offenders from using those websites, North Carolina with one broad stroke bars access to what for many are the principal sources for knowing current events, checking ads for employment, speaking and listening in the modern public square, and otherwise exploring the vast realms of human thought and knowledge. These websites can provide perhaps the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard.

38. על מעמדו הרם של חופש הביטוי במערכת המשפט הישראלית נכתבו תילי תילים ולאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכר כזכות חוקתית מן המעלה הראשונה (ראו: בג"ץ 2557/005 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל** (12.12.2006), פסקה 13 סיפא לחוות דעתו של הנשיא ברק; ראו גם בהקשר זה: ע"מ 5905/06 **עיריית ירושלים נ' הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות** (17.12.2007); ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נגד עיריית ירושלים** (פסק דין מתאריך 14.9.10); בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח (2) 456, 468 (1994); רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נא (4) 625, 645 (1997); בג"ץ 4712/96 **סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד נ (2) 822, 826 (1996)).
39. עוד מימי ימימה, נפסק כי חופש הביטוי הוא "נשמת אפה של הדמוקרטיה" ו"ציפור נפשה" (ע"פ 255/68 **מדינת ישראל נ' בן משה**, כב(2) 427 (1968)) וכי לחופש הביטוי "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם" (בג"ץ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי**, לח(2) 393 (1984)) וכי זכות זו נתפסת כ"זכות עילאית" אשר "מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות" (בג"ץ 73/53 **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז(1) 871 (1953)).
40. כן הוטעם כי חופש הביטוי "הוא מרכיב מהותי ומעשי, אשר מבדיל בין חברה דמוקרטית לחברה שאיננה כזו" (בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 15.4.2015)) ובית משפט נכבד זה אף קבע לאחרונה במסגרת בר"מ Lara Alqasem 7216/18 **נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 18.10.2018), כי "כאשר נפגעת זכותו של אדם לחופש ביטוי ... גם אם מדובר במי שאינו אזרח או תושב ישראל, החץ ננעץ גם בלב החברה הישראלית כחברה דמוקרטית".
41. יודגש, בהקשר זה, כי הפגיעה בחופש הביטוי אינה פגיעה אינדיבידואלית בזכותו של הדובר בלבד, כי אם פגיעה רחבה בהרבה המתפרשת גם לעבר קהל המשתמשים באינטרנט, שזכותם לגלוש באינטרנט, להיחשף למידע וזכותם "לראות ולשמוע" את הביטוי מהוות חלק אינטגרלי מחופש הביטוי ומשיח חופשי שנפגע (בג"ץ 549/75 **סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע**, 763 (1976); בג"ץ **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, 433 (1987)). "זכותי היא לקבל בצניורות האפשריים והמקובלים והחוקיים את האינפורמציה הטובה והמדויקת והמוסמכת והמקיפה והרבה ביותר" (חיים כהן "חופש הביטוי וזכויות הפרט" **ספר השנה של העיתונאים** (תשי"ח) 189).
42. זכות הגישה לרשת האינטרנט היא זכות יסוד חוקתית בין כנגזרת של חופש הביטוי, בין כיישום של האוטונומיה של הגולש ברשת (מיכאל בירנהק "חופש לגלוש בספריות ציבוריות" **משפט וממשל** ו 421 (2003)). זאת ועוד, הגלישה החופשית ברשת האינטרנט היא גם "גורם מכוון במדינות דמוקרטיות. לא בכדי, במדינות בעלות משטר לא דמוקרטי, מנסה המדינה לחסום את הגישה של האזרחים לרשת האינטרנט או לחלק מהאתרים ברשת..." (כב' השופט עמית ב-בר"ע (חי') 850/06 **רמי מור נ' ידיעות אחרונות** (22.4.2007)).
43. תחולתו של חופש הביטוי רחבה היא ומתפרשת גם לעבר ביטויים שמהווים עבירה. כך למשל, ב-רע"פ 5991/13 **אליצור סגל נ' מדינת ישראל** (2.11.2017) שב בית המשפט העליון והטמיע כי "אין כל ספק שחופש הביטוי חל על הביטויים שלגביהם עשויה להתעורר שאלת תחולתה של העבירה, קשים ומעליבים ככל שיהיו" (שם, פס' 22; ההדגשות הוספו – ר.א.; ראו גם: בג"ץ **Universal City Studios Inc. 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(2) 22, 34

(1989), שם נקבע כי "חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא תהא השפעתו אשר תהא, ויהא אופן הבעתו אשר יהא"; וכן בג"ץ 399/85 כחנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, נג(3) 817 (1999); דני"פ 96/8613 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, 208, 217 (2000); חופש הביטוי לא חל רק על דבר שמהווה לכאורה עבירה, אלא "חל גם על ביטוי המהווה עבירה מכל סוג שהוא, ולמעשה הוא חל על כל התנהגות שהיא על דרך פרסום, הצגה או התבטאות" (ראו חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עברות ביטוי במרחב הסייבר", בתוך: משפט, חברה ותרבות, 691 728 (עורך: אלון הראל, 2018) (להלן: "מאמר אכיפה אלטרנטיבית").

44. על רקע האמור, ה"מסלול הוולונטרי" מהווה מנגנון שפוגע קשות בחופש הביטוי. פגיעה זו אינה יכולה להיות מוטלת בספק והיא עולה, כאמור, מעצם תיאורו של מנגנון זה כמנגנון הנוקט "במגוון טכניקות ובהן פעולה להסרת התכנים האסורים, הגבלת הגישה אליהם דרך תוצאות החיפוש במנוע החיפוש, חסימת גישה אל התכנים, והשעייה או הרחקה של משתמשי אינטרנט" (דו"ח סיכום 2015 – 2016, בעמ' 4, ההדגשות הוספו – ר.א.). ברי, כי כל הפעולות האמורות יש בהן פגיעה קשה בחופש הביטוי, שכן מדובר בהתערבות שלטונית המובילה להסרת או הגבלת ביטויים ובמקרים אחרים להרחבה או השעייה של משתמשים.

45. בהקשר זה, אף אם נניח כי מנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" אכן נאכף אך ורק כנגד "ביטויים אסורים" כאמור – הנחה שאין לה כל בטוחה בהיעדר הליך שיפוטי אדוורסרי – הרי שגם אז ביטויים כאלו עדיין חוסים תחת כנפיו של חופש הביטוי ואין לצנזרם באופן בלתי חוקי כל עוד לא נקבע אחרת בידי ערכאה מוסמכת. כמו כן, לעובדה כי ספקיות התוכן הן אלה שמבצעות את ההסרה בעצמן ובהתאם לשיקול דעתן לא יכולה להיות נפקות שעה שהרשות השלטונית פונה אליהן באופן יזום על מנת להסיר את הפרסומים, כפי שיורחב בהמשך.

46. לפיכך, לא ייתכן ספק כי בפניית מחלקת הסייבר לספקיות התוכן בבקשות להסרת פרסומים או הגבלת משתמשים, על יסוד חשד לכאורי בלבד שמדובר בביטוי האסור בחוק, יש משום פגיעה קשה בחופש הביטוי.

הפגיעה בזכות להליך הוגן ובזכות הטיעון

47. בנוסף לפגיעה בחופש הביטוי כאמור, הפעלתו של מנגנון האכיפה האלטרנטיבית במתכונתו הנוכחית מובילה לפגיעה קשה בזכות החוקתית להליך הוגן, מפרה את עקרון הפרדת הרשויות ופוגעת בזכות הטיעון שהיא מאדני כללי הצדק הטבעי.

48. תחולתה של הזכות להליך הוגן היא תחולה כללית. "כלל יסוד בשיטתנו מכתוב כי 'בכל מקרה שבו מבקשת רשות שלטונית לפגוע בזכויותיו של הפרט, עליה לקיים הליך הוגן שבגדרו תתברר ההצדקה לפגיעה האמורה' (בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, עמ' 112 (פורסם בנבו, 22.9.2014); להרחבה על מעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן, ראו: בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843 (1993); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010)).

49. למעלה מזאת: היומרה להכריע בשאלת פלילותו של ביטוי על ידי הפרקליטות בלבד, ללא פנייה לערכאות וניהול הליך משפטי – הכרעה שעל יסודה מופעלת הסנקציה – מהווה פגיעה קשה בזכות להליך הוגן וגוררת פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות (ראו: דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** כרך א' 94 וההפניות שם (2010) (להלן: "ברק-ארז"). החלטה הקובעת שביטוי מהווה עבירה פלילית היא משימה מורכבת ורגישה במיוחד, ובמקרים רבים נדרשו בתי המשפט לדיונים ארוכים בכל הערכאות קודם שהושגה הכרעה סופית. והנה, עובדי יחידת הסייבר והרשות המבצעת מכריעים בכוחות עצמם אם ביטוי מסוים עולה כדי עבירה פלילית ועל סמך הכרעה זו פונים במעמד צד אחד אל ספקיות התוכן כדי שאלו יסירו את הביטוי מהמשתת. המסקנה המתבקשת היא שפרקליטות המדינה נוטלת לעצמה שלא כדין סמכויות שיפוטיות, השמורות לרשות השופטת, ללא כל סמכות וללא מסגרת דיונית הולמת, באופן הפוגע בזכות החוקתית להליך הוגן.

50. זאת ועוד: מעבר לנטילת הסמכות השיפוטית שלא כדין כאמור, העובדה כי הרשות יוזמת פנייה לספקיות התוכן ישירות, מבלי להעניק זכות טיעון לגורם המפרסם, מנוגדת לכללי הצדק הטבעי המעוגנים היטב במשפט המינהלי והחוקתי (לחשיבותה של זכות הטיעון, ראו: בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד (2) 479 (2010) (להלן: "עניין מנאע"), פס' 42 לפסק דינו של השופט פוגלמן; בג"ץ 7805/00 **אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים**, פ"ד נז(4) 577, 598 (2003); בג"ץ 3379/03 **מוסטקי נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נח(3) 865, 889-890 (2004); ברק-ארז, עמ' 498-529). האמור מקבל משנה חומרה שעה שמדובר בפנייה במעמד צד אחד ומבלי להביא פניה זו אף לידיעת הגורם כלפיו מופנית הסנקציה המבוקשת ומבלי שבאפשרותו להתגונן.

שקיפות כתנאי הכרחי לקיומו של הליך הוגן

51. הפגיעה בהליך הוגן מתעצמת שעה שהרשות אף אינה מקפידה על שקיפות או פרוצדורה נאותה המאפשרת ביקורת אפקטיבית על פעילותה. דומה שלא תיתכן מחלוקת כי תיעוד ושקיפות הם אבני יסוד להבטחת מינהל תקין. המלומדות ניבה אלקין-קורן ומעיין פרל מדגישות בהקשר זה כי הסדרים של **שקיפות, דיווח והליך הוגן** הם הכרחיים כדי לאזן את הפגיעה הנובעת מצנזורה מדינתית ברשת האינטרנט (ניבה אלקין ומעיין פרל "השטן הוא בפרטים הטכנולוגיים": על צווי חסימה והפרטת האכיפה בעקבות הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017 **חוקים** (עתיד להתפרסם, 2019) (להלן: "אלקין ופרל"). על פניו, לעמדה עקרונית זו שותף אף המלומד ויסמונסקי, שסבור כי "עיקרון של תיעוד ושקיפות מאפשר ביקורת אפקטיבית בדיעבד על פעולתן של רשויות האכיפה ובית המשפט, ולמעשה יש בכוחו כדי להרתיע מראש את הרשות מפני הרחבת הרשת לעבר ביטויים שלא ראוי להגבילים. תיעוד ושקיפות מפתחים אחריותיות (Accountability) של רשויות האכיפה. נוסף על כך, הם משמשים רכיב חשוב בביסוס הלגיטימציה של הרשות המנהלית" (מאמר אכיפה אלטרנטיבית, בעמ' 741).

52. על החשיבות המיוחדת של שקיפות ושל פיקוח ציבורי ניתן ללמוד גם מהצעת חוק הפייסבוק, שבאמצעותה ביקשו המשיבים להסדיר הסרת תכנים במסלול "הכופה" או הפורמאלי (ר' פס' 15 לעיל). בהצעת החוק הצטוו המשיבים לפרסם הודעה מפורטת על כל צו להסרת תוכן, "דבר שיבטיח שקיפות ויאפשר הגשת בקשה לעיון חוזר או הגשת ערעור על החלטה." (דברי ההסבר לסעיף 4; הצ"ח הממשלה 1104 עמ' 742). במקביל, נקבעה זכות לבקש עיון חוזר או לערער על

ההחלטה על ידי כל "מי שרואה את עצמו נפגע מהצו... ובכלל זה תאגיד העוסק בהגנה על אינטרס הציבור באינטרנט" (סעיפים 8 ו-9 להצעה בנוסח שהונח לקריאה שנייה ושלישית).

53. ואולם, באשר למנגנון האכיפה אלטרנטיבית, התייעוד היחיד הקיים והמפורסם לציבור הוא תיעוד כללי באשר למספר הבקשות המוגשות והתפלגות הבקשות לפי קטגוריות רחבות ביותר, וההליך מתנהל למעשה מעבר לשולי החוק בהיעדר שקיפות קיצוני, כך שאף המפרסמים ובעלי התכנים אשר הבקשות מוגשות נגדם ומובילות להסרת תכניהם, כלל אינם מודעים לפנייתה של יחידת הסייבר להסרת פרסומיהם. ניכר, אם כן, כי היעדר תיעוד של הפרסומים עצמם בידי המשיבים כאמור מונע אפילו בקרה פנימית על-ידי דרגים גבוהים יותר כגון פרקליט המדינה או היועץ המשפטי לממשלה, לא כל שכן הציבור הרחב.

54. מכל מקום, כפי שיפורט להלן, מנגנון "האכיפה האלטרנטיבית" משולל כל מקור סמכות והוא מנוגד לעקרון חוקיות המינהל ודי בכך, אף מבלי להצביע על פגיעה כלשהי בזכות יסוד, כדי להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יחדלו מהפעלתו לאלתר (ר' ברק-ארז, עמ' 106 - 107). ואולם, משום הפגיעה בזכויות החוקתיות, הניתוח המשפטי להלן יצביע על כך שפגיעה זו אף אינה עומדת בתנאי הראשוני של פסקת ההגבלה הדורש הסמכה בחוק או על פיו.

הדרישה להסמכה מפורשת בחוק ועקרון חוקיות המינהל

55. עניינה של עתירה זו הוא בשאלה האם רשאית המדינה לפגוע בזכויות החוקתיות לחופש הביטוי ולהליך הוגן באמצעות צדדים שלישיים, בהיעדר הסמכה כלשהי? העותרים סבורים כי אך מתבקש לענות על שאלה זו בשלילה ולהציב גבול ברור לפעילותם הלא חוקתית של המשיבים.

56. הפעלתו של "המסלול הוולונטרי" והפניה היזומה להסרת אלפי תכנים מהרשת לפיו, לוקה בפגמים חוקתיים ומינהליים במישור הסמכות, שכן אין כל הסמכה בחוק או מכוחו המאפשרת פעילות זו. גם בהנחה כי לא קיימת כל פגיעה בחופש הביטוי או זכות יסוד אחרת כאמור – ולא כך הוא – פעילותה של יחידת הסייבר בהקשר זה מנוגדת לעקרון חוקיות המינהל לפיו "רשות מנהלית אין לה סמכות אלא אותה סמכות שהוענקה לה לפי חוק". עיקרון זה, מורה כי החוק "הוא לא רק המקור, אלא גם הגבול של כל תפקיד וכל סמכות של כל רשות" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 73 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: "זמיר, **הסמכות המנהלית**").

57. ואולם, כאשר יש בפעולת הרשות משום פגיעה בזכות יסוד, מתעצם תוקפו של עקרון חוקיות המינהל, אשר זכה לעיגון בתנאי פסקת ההגבלה לפיהם על הפגיעה להיות בחוק או מכוח הסמכה **מפורשת** בו, ומשכך נדרשת משנה דקדקנות בבחינת מקור הסמכות ומידת מפורשותו (ראו: ברק-ארז, בעמ' 99, שם נסקרת הפסיקה והתפתחותו של עקרון חוקיות המינהל החל מפסק הדין המכונן בבג"ץ 1/49 **בזירנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80 (1949) ועד לעיגונו של העיקרון בפסקת ההגבלה בדמות דרישה להסמכה מפורשת לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. כן ראו: בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז (3) 337, 359 (1983) שהכיר בדרישה זו). יפים לעניין זה דברי כב' השופט פוגלמן:

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

על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה"
(עניין מנאע, פס' 14 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

58. בית המשפט הנכבד נדרש בעבר לפעילות דומה של הרשות בהקשר של צנזורה ברשת האינטרנט, ופסל אותה בשל הפרת עקרון חוקיות המינהל והיעדר הסמכה מפורשת בחוק. ב-עע"ם 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (פורסם בנבו, 24.3.2013) (להלן: "עניין איגוד האינטרנט") נדונה סמכותה של המשטרה להוציא צווים המורים לספקיות הגישה לאינטרנט לחסום את הגישה לאתרי הימורים. שם, בית המשפט הנכבד קבע כי סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 העוסק בסמכות מפקד מחוז להורות על סגירתו של מקום הימורים, אינו עונה על דרישת הסמכות המפורשת בחוק לצורך הוצאת הצווים האמורים כלפי ספקיות הגישה לאינטרנט:

"... הרשות אינה יכולה לפעול אלא בגדרי דלי"ת אמותיה של הסמכות הנתונה לה על-פי חוק... סעיף 229 לחוק העונשין איננו מקנה למפקד מחוז במשטרה את הסמכות להוציא צווים המכוונים לספקיות הגישה לאינטרנט, המורים להן לחסום את הגישה לאתרי הימורים. להשקפתי, נדרשת לשם כך הסמכה מפורשת בחקיקה, ולא ניתן להסתפק בהסדר הנוכחי, שאין בו הסמכה להורות לצד ג' לסייע לרשויות האכיפה בהפעלת הסמכות" (שם, בפס' 22-23 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן)

בענייננו, למשיבים אין סמכות להסיר בעצמם תכנים מאתר אינטרנט, ומקל וחומר שאין להם סמכות לעשות כן באמצעות צדדים שלישיים. ברי, כי פנייתם היזומה אל ספקיות תוכן בבקשות להסרת תכנים מהווה פעולה שלטונית הדורשת הסמכה לצורך זה, כפי שיורחב בהמשך.

59. זאת ועוד: בית המשפט הנכבד קבע זה מכבר בעניין רמי מור, כי לא קיימת מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי ואין "להמציא" מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית". כך בעניין חשיפת זהות גולש אנונימי וכך הוא גם בעניין פנייה לספקיות תוכן לשם הסרת תכנים "וולונטרית":

"אפשרות לפסוק את הסעד המבוקש תוך איזון בין השיקולים שצוינו מותנית בקיומה של מסגרת דיונית ראויה ... יש להבהיר: כל עוד אין דבר חקיקה הקובע הסדר פרטני למתן הצו המבוקש בהקשר של לשון הרע באינטרנט, אין מנוס מלבחון אם קיימת מסגרת כללית, שאיננה מתייחדת להקשר הספציפי של פרסומים פוגעניים באינטרנט, שבגדרה ניתן להורות לצד שלישי לחשוף פרטים לגבי נתבע עתידי. כלומר, במישור הדיוני אין ייחוד בשאלת חשיפת זהותו של גולש אנונימי באינטרנט, וממילא ברור שפתיחת הפתח למתן הצו המבוקש נושאת עמה השלכות רוחב מרחיקות לכת. כפי שיוסבר, לא מצאתי כי קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, ולשיטתי אין "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), ההדגשות הוספו – ר.א.)

60. ולענייננו: אפילו במקרה שבו סבורה יחידת הסייבר, שפרסום מסוים הוא פלילי, עדיין פעילותה להסרת תכנים אינה נשענת על כל מקור סמכות בחוק, ועל כן, מפרה היא את עיקרון חוקיות המינהל ואף נכשלת בבחינת התקיימותו של התנאי הראשון של פסקת ההגבלה.

אי חוק(ת)יות "המסלול הוולונטרי" בשל היעדר סמכות

61. פעילותה של המשיבה 1 במסגרת "המסלול הוולונטרי" משוללת כל סמכות. על היעדרה של סמכות זו עומד דו"ח מרכז המידע והמחקר של הכנסת, שם צוין בלשון מפורשת כי: "נכון למועד כתיבת שורות אלו, לא קיים בישראל דבר חקיקה המאפשר הסרה של דברי הסתה מן הרשת". כמו כן, עומד הדו"ח בהקשר זה על יוזמת החקיקה של משרד המשפטים בנושא (הצעת חוק הפייסבוק, שהזכרנו בפס' 15 לעיל), אשר טרם התקבלה ועל הקשיים הרבים שכרוכים בקידומה, לרבות חשש מפגיעה בחופש הביטוי, יצירתו של אפקט מצנן, הבעייתיות הנובעת אכיפה כלפי פעילות גלובאלית, חשש מפני הפקדת הסמכויות השלטוניות בידי חברות פרטיות ועוד ("אמצעים משפטיים להתמודדות עם תופעת ההסתה ברשת – רקע תיאורטי וסקירה משווה") (כתיבה: עו"ד ד"ר ירון אונגר, עודכן ביום 13.6.2018), בעמ' 14 – 16).
62. למעלה מזאת, מתגובת המשיבים מיום 30.11.2017 (נספח ע/9 לעיל) מתחוויר כי לא עלה בידיהם להצביע על מקור סמכות חוקי כלשהו, לא כל שכן סמכות מפורשת כנדרש, לפעילותה של יחידה הסייבר. על-פי אותה תגובה, המשיבים סבורים שסמכותה של יחידת הסייבר לפנות בבקשות להסרת תכנים עשויה לנבוע משני מקורות שונים: ראשית, "חובתה הסטטוטורית [של יחידת הסייבר] כגוף אכיפה, למנוע המשך ביצוען של עברות ולהפסיקן, ככל שאלה נודעות לה" (שם, פס' 3); שנית, העובדה כי יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה פועלת בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה על פי נוהל עבודה סדור (שם).
63. ואולם, יובהר כבר כאן 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 לכאורה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, כעונה על דרישת ההסמכה המפורשת בחוק. נחזור ונזכיר, שעל פני הדברים אין הנחיה מנהלית כתובה שמסדירה את הפעילות האמורה של היחידה, וככל שישנה הנחיה כזו – היא "סודית" והמשיבים מסרבים לפרסם אותה (ר' פסקאות 3029 עד 32 לעיל), ויש בכך טעם נוסף הפוגם במעמדה הנורמטיבי, מעבר להיותה בטלה מעיקרה בשל היעדר סמכות מלכתחילה.
64. בנוסף, יודגש כי סמכותה הסטטוטורית של הפרקליטות, בה נתלו המשיבים בתגובתם, 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 הצדדים, אם פרסום מסוים אכן מקים עבירה אם לאו, ולהורות בשל כך על עונשים שונים.
65. למעלה מן הצורך, ככל שהמילים "סמכותה הסטטוטורית של הפרקליטות" מופנים למעשה לסמכותה השיורית של הממשלה, הרי שסמכותה זו אינה כוללת פעולות שפוגעות בחירויות היסוד. "יהא זה שינוי בתפיסות היסוד הדמוקרטיות שלנו אם יהא ניתן לראות בסמכות השיורית הסמכה לפגיעה בזכויות האדם. על-פי תפיסותינו הבסיסיות, פגיעה בזכויות האדם מחייבת, כתנאי הכרחי, שפגיעה זו תעוגן בדין ספציפי המסמיך אותה. הסמכות השיורית הכללית אינה מספיקה לשם כך." (בג"ץ 8600/04 ראש-המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נט (5) 673, 687 (2005); וראו עוד: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817. 833-834 (1999)).

66. ביטוי נהנה מהגנה חוקתית ואין הרשות רשאית, על דעת עצמה, לצנזרו אלא היכן שניתנה לה סמכות מפורשת לעשות כן, שגם אז, יש להפעילה רק במקרים חריגים ותוך שמירה מירבית על חופש הביטוי (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 629-630 (1989)).

67. במצב הנורמטיבי הקיים, החוק אינו מעניק כל סמכות להסרת ביטויים מהרשת, אף אם הם מהווים עבירה פלילית, ואין מקום לגזור מעצם סמכויות האכיפה של הפרקליטות, המתבטאות בכוח להעמיד לדין מבצעי עבירה, סמכויות צנזורה על התכנים מושא האיסורים הפליליים. לעניין זה, יפות הערותיה של הנשיאה (כתוארה דאז) ביניש, בעניין **מנאע** באשר לזהירות המתבקשת מגזירת סמכויות, במיוחד כשיש בהן משום פגיעה בזכויות יסוד :

"ככלל יש לפרש סמכויות אכיפה פוגעניות המקנות לרשות כח כפייה באופן מצמצם המחייב קיומה של הסמכה מפורשת. במקרים מעין אלה יש לעשות שימוש זהיר, אם בכלל, בפרשנויות מן הסוג של "קל וחומר" – במיוחד מקום בו קיים ספק האם אכן מדובר בסמכויות אכיפה הנגזרות ונלמדות מן הסמכות המקורית" (עניין **מנאע**, פסק דינה של כב' הנשיאה ביניש)

68. בהקשר זה, הקביעה של יחידת הסייבר לפיה ביטוי מסוים המפורסם ברשתות החברתיות עולה כדי עבירה פלילית היא **לכל היותר במעמד חשד שטרם הוכח**. החשד, בפני עצמו, שביטוי מסוים הוא פלילי, אינו יכול להצדיק את הצעד הקיצוני של צנזורה, המתבטאת בבקשה מצד יחידה הסייבר להסרת התוכן. כמו כן, סעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 מורה בהקשר זה כי "אדם שיש להעמידו לדין יגיש עליו תובע כתב אישום בבית משפט". בהיעדר כתב אישום, הליך הוגן והכרעה שיפוטית, אין ביכולתה של יחידת הסייבר לפעול לצורך השתתת סנקציות כלשהן, לא כל שכן סנקציה חריפה בדמות הסרה, הגבלה או מניעת גישה, אף אם אכן מדובר בביטוי המהווה עבירה.

69. ויובהר: הטענה כי השימוש במנגנון זה מתבצעת כאשר לא ניתן להעמיד את הנאשם לדין לכאורה, אין לה כל תוקף, שכן לא ניתן להפריד באופן מלאכותי בין המפרסם לפרסום ולא ניתן להפעיל סנקציות כלפי פרסום מבלי לפגוע במפרסם, שבלעדיו אין פרסום מלכתחילה. על כן, כגון שהמדינה אינה רשאית לפעול בדרכים-לא-דרכים לשם "מניעת עבירות" על בסיס חשד לכאורי בלבד ומבלי להידרש להפעלת הכלים מהמשפט הפלילי המצויים ברשותה, כך היא אינה רשאית לצנזר ולהסיר פרסומים ותכנים על בסיס חשד וללא קביעה שיפוטית, אף אם נניח כי תכנים אלה אכן מהווים עבירה – ואין שום בטוחה שכך הוא המצב למעשה. בהקשר זה, יפים דבריו של כב' הנשיא א' ברק :

"השאלה היא, אם להסמיך את רשויות השידור למנוע ביטוי מראש, על בסיס חשד שיש להן כי בוצעה עבירה, לדעתי, מרכזיותו של עקרון חופש הביטוי במשפטנו צריכה להביא למתן תשובה שלילית על שאלה זו. **חופש הביטוי יקר הוא לנו מדי, מכדי שנפקיד בידי מומחה לשידור - שאינו בית-משפט ושאנו פועל על-פי הליכי הדין הפלילי - את ההכרעה הקשה של מניעה מראש של ביטוי, אך בשל החשד כי בוצעה עבירה פלילית"** (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987), בפס' 37, ההדגשות הוספו – ר.א.)

70. הנה כי כן, פעילותה של יחידת הסייבר באמצעות "האכיפה האלטרנטיבית במסלול הוולונטרי" אינה חוקית ואינה חוקתית, שכן היא אינה מקיימת את התנאי הראשוני של פעילות מכוח חוק או על פיו. לצד זאת, יצוין כי בהיעדר סמכות, שקיפות והליך הוגן, העותרים אינם נדרשים, ואף אינם יכולים להידרש בשלב זה, למידתיות ונחיצות הפעילות.

על החצנת הפעולה השלטונית והיעדר הוולונטריות ב"בקשות הוולונטריות"

71. יובהר, כי אין נפקא מינה אם הסרת התכנים מתבצעת בפועל על-ידי גוף פרטי כגון ספקיות התוכן, גם אם אלה פועלות באופן וולונטרי. לא תיתכן מחלוקת כי פנייתה היזומה של יחידת הסייבר בפרקליטות אל ספקיות התוכן מהווה פעולה שלטונית שכפופה לעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי. טענת המשיבים הערטילאית כי "לעניות דעתנו, פעילות מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, במישור האכיפה האלטרנטיבית, אינה בגדר הפעלת סמכות שלטונית" (ר' פס' 33 לעיל), אינה יכולה לעמוד.

72. עמדה זו אף אינה עולה בקנה אחד עם עמדת המשיבים הקודמת לפיה היחידה פועלת מתוקף חובתה הסטוטורית ובהתאם ל"נוהל עבודה סדור" (ר' פס' 29 לעיל), ומעלה תמיהה באשר לאותה "פעילות שאינה דומה באופייה לפעילות הרגילה של הפרקליטות" (ר' פס' 33 לעיל). ברי, כי פעילותם של עובדי מדינה במסגרת מחלקת הסייבר, בהגשתם בקשות להסרת תכנים אל ספקיות התוכן, מהווה פעולה שלטונית יזומה הטעונה הסמכה, אף אם ההחלטה הסופית באשר להסרת התוכן מופקדת בידי אותן ספקיות לכאורה.

73. בהקשר זה, אין המדינה יכולה לחמוק מחובותיה על פי המשפט הציבורי באמצעות הגשת בקשות להסרת תכנים לגוף פרטי שפועל על פי כלליו ובאופן וולונטרי לכאורה. יפים לעניין זה קביעותיו של בית המשפט הנכבד בעניין **איגוד האינטרנט הני"ל**:

"כאשר החוק מעניק לרשות השלטונית סמכות, הלכה פסוקה היא כי הרשות חייבת להפעיל את הסמכות בעצמה. כאשר המחוקק מייחד את הסמכות לנושא משרה שלטונית, חזקה עליו שהוא מבקש כי נושא משרה זה – הוא ולא אחר – יגשימה... דברים אלו נכונים במיוחד לעניין משימת האכיפה הפלילית. **לא ניתן – בהיעדר הסדר חקיקתי מתאים – להעניק סמכויות אכיפה למי שאיננו חלק ממערך האכיפה.** סמכות האכיפה הפלילית היא מן הסמכויות המובהקות של המדינה. בגדרי סמכות זו, המדינה מגשימה את אחריותה לאכיפת החוק הפלילי על-ידי כך שהיא מבצעת בעצמה את תפקיד האכיפה הפלילית. המדינה היא אף זו שמפעילה את כוח המרות השלטוני כלפי הפרט בהליך הפלילי. משכך, המדינה – כמי שגיבשה את נורמות ההתנהגות וכמי שמופקדת על אכיפתן – היא הגורם האחראי באופן ישיר על הריסון ועל המעצורים הנדרשים בהפעלת הכוח. היא הגורם שאמור לתת דין וחשבון לציבור על אופן ביצוע סמכויותיה בהליך הפלילי... " (פסק דינו של כב' השופט פוגלמן, בעמ' 37, ההדגשות הוספו – ר.א.)

74. לפיכך, אין תוחלת לניסיונות לעקוף את עקרון החוקיות באמצעות פנייה לדיני החוזים, כפי שמשמע מדברי המלומד ויסמונסקי במאמרו: "הרעיון המרכזי בהתגוננות המקוונת ההסכמית בין המדינה לבין ספקית השירות הוא שהמדינה האוכפת אינה פועלת מכוח החוק המדינתי שלה או מכוח דיני העזרה המשפטית, אלא באמצעות התקשרות ישירה עם ספקית

השירות" (מאמר אכיפה אלטרנטיבית, ע' 717; ההדגשה נוספה, ר.א.). ובהמשך נטען: "פעולה במישור הוולונטרי ההסכמי אינה הפעלה של סמכות במובן של מתן הוראה" (שם, ע' 725).

75. ולא היא. יחידת הסייבר, כמו כל רשות שלטונית, פועלת אך ורק מכוח החוק. "סמכות" אינה נדרשת רק במקרה שרשות מפעילה כוח על האזרח, אלא בכל פעולה ופעולה שהיא מבצעת לשם או במסגרת מילוי תפקידה. כפי שכותב פרופ' זמיר, "המערכת של דיני המינהל הציבורי, [היא] המסדירה את הדרך שבה יש למלא תפקיד ציבורי על פי דין." (זמיר, הסמכות המנהלית, עמ' 205). וגם במקום שבו "המדינה האוכפת" ממלאת את תפקידה "באמצעות התקשרות ישירה עם ספקית השירות" (כפי שמתאר זאת ויסמונסקי), עדיין היא כפופה לכלל ש"גוף ציבורי אינו רשאי להתקשר בחוזים, אלא אם החוק מתיר לו לעשות זאת" (שם, 306).

76. הנה כי כן, נדרשת סמכות חוקית לכל פעולה של יחידת הסייבר – אפילו במקום שבו "מדובר בהגשת בקשה, הנסמכת על ההבנה שספקית השירות תבחן אותה בהתאם לתנאי השימוש שהיא עצמה הגדירה" (שם, 725). הטענה כי מדובר בבקשות "וולונטריות" שמופקדות לשיקול דעתן של ספקיות התוכן עצמן אינה יכולה להכשיר את פעילות המשיבים כחוקתית. ברור כי פניה יזומה של הרשות לגופים אלה לשם הסרת פרסומים מהווה מעשה שלטוני (state action), כפופה לעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי ומחייבת הסמכה מפורשת בחוק, וזאת במנותק מתוכן הנהלים הפנימיים של אותם גופים (המלומד בלקין מציין בהקשר דומה באשר לפעילות מדינתית שמדרבנת צנזורה על ידי גופים פרטיים כי: "Even though the censorship is by a private party, there is state action 'because the government has created incentives for private parties to censor each other'": ראו Jack M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 HARV. L. REV. 2296, 2299 (2014)).

77. להשלמת התמונה, יצוין כי הספרות אף מציעה כי פעילות מדינתית שמטרתה לדרבן ספקיות תוכן להסיר תכנים אף מפרה נורמות מהמשפט הבינלאומי. ובכן, מדובר במקור נורמטיבי נוסף המחייב את המדינה ומצביע על היעדר יכולת להתנער מאחריות שעה שהיא מנחה את מתווכי התוכן להסיר תכנים על דרך של הגשת בקשות "וולונטריות" לכאורה (לדיון מקיף בחובותיה ואחריותה של המדינה מכוח המשפט הבינלאומי בהקשר של הסרת תכנים מהרשת, ראו: Molly Land, *Against Privatized Censorship: Proposals for Responsible Delegation*, VA. J. (INT'L L. (forthcoming, 2020)).

78. בהקשר זה, יודגש כי עובדיהם של גופים פרטיים כגון ספקיות התוכן אינם עובדי מדינה שמופקדים על שמירת האינטרס הציבורי וכי ספקיות התוכן עלולות להיות מונעות משיקולים שונים ומגוונים שאינם עולים בקנה אחד עם שמירת חופש הביטוי בהכרח. גופים פרטיים אלה מונעים משיקולי רווח, הם גם אלה שמבצעים בפועל את הסרת התכנים ועושים זאת באמצעים טכנולוגיים מתקדמים, שהינם בלתי שקופים מעצם מהותם. השילוב של כל ההיבטים הללו "עלול לסכן את מעמדם של שלטון החוק כמו גם את מעמדן של חירויות יסוד, דוגמת חופש הביטוי, אינטרס הגישה למידע והזכות להליך הוגן" (אלקין ופרל, בעמ' 25).

79. זאת ועוד. הכתרתה של הפעילות שבמוקד העתירה, כ"אכיפה במסלול וולונטרי" עלול להטעות. כפי שהזהיר כב' השופט חשין, "אסור לנו שנטעה בלשון-הנימוסין, והרי כולנו ידענו כי בתוך כפת-המשי טמון אגרוף." גם כאשר הרשות מבקשת דבר-מה, "חזקה עליה כי עושה

היא במסגרת סמכותה. השאלה היא אפוא, אם מוסמכת היא לבקש" (בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 769 (1999)).

80. העובדה, שבענייננו אין מדובר באזרח מן השורה אלא בספקיות תוכן עתירות עוצמה, רק מחמירה את הסכנה. עוד בתחילת העשור הקודם הזהירו המלומדים בירנהק ואלקין-קורן מפני "לחיצת היד הסמויה" של המדינה וענקיות האינטרנט, קרי, משיתוף פעולה שמתנהל הרחק מעין הציבור ב"איזור הדמדומים של החוק", ומייצר "סכנה אולטימטיבית" לזכויות האדם (Michael D. Birnhack and Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 **VA. J.L. & TECH.** 1, 53–59 (2003)).

81. האמור תקף ביתר שאת לענייננו נוכח השינוי המבני שחל במרחב הסייבר, ואשר הצמיח את "משולש חופש הביטוי", המורכב מהמדינה; מתווכי התוכן והאזרחים/משתמשים. כפי שהמלומד בלקין מצביע, היכולת של המדינה להפעיל רגולציה על מתווכי התוכן יוצרת תמריצים מבניים שפוגעים בחופש הביטוי וביכולת המשתמשים להתגונן מפני הפגיעה בחופש הביטוי שלהם, שכן בשונה מהמודל הדואלי שבו המדינה מפעילה את כוחה הצנזוריאלי באופן ישיר על האנשים עצמם, במודל המשולש המדינה מכוונת את הרגולציה כלפי מתווכי התוכן (ראו: (Jake M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, 118 **COLUM. L. REV.** 2011 (2018)).

82. ואכן, היחסים המבניים שבין ספקיות התוכן למשיבים, בהיותם יחסים המתנהלים ב"צל החוק", בהיעדר סטנדרט ברור ומוגדר של אחריות ספקיות תוכן בדין הישראלי (intermediary liability) ובהינתן אפשרויות רגולציה שונות שבידי המדינה להפעיל על ספקיות התוכן, מרוקנים את הטענה לוולונטריות מתוכן. חשש זה מתעצם נוכח היעדר פיקוח שיפוטי והיעדר זכות טיעון בפני המדינה ונוכח הפרשנות הרחבה שניתן לתת ל"כללי הקהילה" של ספקיות השירות (ראו: Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules and Process of Governing Online Speech*, 131 **HARV. L. REV.** 1599 (2018)).

83. אף המלומד ויסמונסקי מודה, ש"התבחנה בין פעולות התגוננות וולונטריות הסכמיות לבין פעולות מכוח הוראה - כופה אינה דיכוטומית", באופן ששם את "הוולונטריות" בערבון מוגבל:

"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." (מאמר אכיפה אלטרנטיבית, 722, ההדגשה הוספה, ר. א.).

ובהמשך:

"עיון מדוקדק יותר בפעילות הוולונטרית וההסכמית של ספקיות השירות המקוונות הגדולות מעלה כי ההתנהלות ההסכמית ואף הוולונטרית שלהן עלולה לנבוע למעשה מניהול סיכונים מושכל אל מול המדינות, באופן שאפשר למעשה לראותו כהשפעה עקיפה של המדינות על חופש הביטוי של משתמשי השירות... החצנה עקיפה זו של פעולת ההסרה, הסינון והמניעה של ביטויים אסורים עשויה לכאורה להפוך את ספקיות השירות הפרטיות ל"ציבוריות", מבחינה זו שפעולתן כבר

לא תיתפש עוד כפעולה אוטונומית של גוף פרטי אלא כפעולה של סוכן
מדינתית (State action) (שם, 731).

84. הנה כי כן, דומה כי לא תיתכן מחלוקת שהבקשות אותן מגישים המשיבים לספקיות התוכן
מהוות החצנה של פעולה שלטונית, ללא כל סמכות בחוק, וכי אלמנט ה"וולונטריות" הנטען
להלכה מרוקן למעשה מתוכן.

85. העלייה המטאורית של הצנזורה שיוזמת המדינה גם מעלה חשש ממשי כי פעילות המדינה
להסרת פרסומים לא מתמצה בפרסומים שמהווים עבירה, ושהיא עלולה לזלוג גם לעבר
פרסומים מוגנים שאינם מקימים כל עבירה (ראו: Danielle Keats Citron, *Extremist Speech*,
93 NOTRE DAME L. REV. 1035 (2018). *Compelled Conformity, and Censorship Creep*. ראו
גם: Tamar Megiddo, "Online Activism, Digital Domination, and the Rule of Trolls" 38 (Colum. J. Transnat'l L. (2020, forthcoming)
). חשש זה מתעצם לאור האנלוגיה שניתן לגזור
ממחקרים אמפיריים המצביעים על ניצול בקשות להסרת תכנים מכוח ההגנה על זכויות יוצרים
לשם הסרה של תכנים שאינם מפריים זכויות יוצרים (ראו: Sharon Bar-Ziv & Niva Elkin-
Koren, *Behind the Scenes of Online Copyright Enforcement: Empirical Evidence on Notice
& Takedown*, 50 CONN. L. R. 1, 5 (2017).

86. בשולי דברים אלה, יצוין כי עתירה זו אינה מבקשת להכריע בשאלה האם ספקיות התוכן עצמן
מפרות נורמות מהמשפט הציבורי והפרטי, שעה שהן משתפות פעולה עם פעילות לא חוקית זו
שיש בה כדי להפר את חובת תום הלב כלפי המשתמשים-האזרחים עצמם (ראו, למשל, ע"א
294/91 **חברת קדישא נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2), 464 (1992)). בהקשר זה, יוער כי בבית המשפט
הנכבד תלוי ועומד הליך אחר העוסק בהיקף החובות המוטלות על רשת פייסבוק בבואה להסיר
תכנים מהפלטפורמה באופן עצמאי (ע"א 815/18 **Facebook Ireland Limited ואח' נ' אבי לן**
ואח' (תלוי ועומד)). במסגרת זו, הוגשה חוות דעת מטעם התנועה לחופש המידע המבקשת
להכיר בפייסבוק כגוף דו-מהותי ובית המשפט אף הורה ביום 20.6.2019 כי לאור השאלה
התקדימית לכאורה שנדונה בערעור, מתבקש היועץ המשפטי לממשלה, המשיב מס' 2 בעתירה
דנן, להודיע האם ברצונו ליתן דעתו בעניין.

87. ואולם, לצורך העתירה דנן, העותרים סבורים כי די בהיעדר סמכותם של המשיבים להפעיל
"מנגנון וולונטרי" על מנת להורות על הפסקתה של פרקטיקה זו, מבלי להידרש לסוגיית היקף
סמכותם וחובותיהם של צדדים שלישיים בבואם להפעיל שיקול דעתם באופן עצמאי.

סוף דבר

88. על יסוד האמור לעיל בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על-תנאי כמבוקש בפתח העתירה,
ולאחר קבלת עמדת המשיבים להפכו למוחלט.

פאדי ח'ורי, עו"ד
ב"כ העותרים

רביע אגבריה, עו"ד
ב"כ העותרים

24 נובמבר 2019