

בן מאיר - משרד עורכי דין

BEN MEIR - LAW OFFICE

רמת גן: רח' אבא הלל 12 (בית ששון חוגי), 52506
טל' 03 6127878 Tel פקס: 03 6127979 Fax
Ramat Gan : 12 Aba Hilel st. (Sason Hogi bld.) Ramat Gan, 52506
Email- office@benmeir.co.il

Shachar Ben Meir Adv.
Zipi Shapira Adv.

שחר בן מאיר עו"ד
ציפי שפירא, עו"ד

Date 16/10/2018 תאריך

לכב'

עו"ד אביחי מנדלבלויט
היועץ המשפטי לממשלה.
באמצעות הפקס

א.נ.

הנדון: פעולת מחלקת הסייבר במשרד המשפטים - אי חוקיות

הנני לפנות אליך בקשר לנדון כדלקמן:

1. אציין בפתח הדברים, העובדות כפי שיפורטו במכתבי זה להלן, בצירוף המשמעות המשפטית שלהן, מובילות למסקנות הבאות –

א. מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: "מחלקת הסייבר") פועלת ללא הסמכה חוקית, בניגוד לכלל היסוד של המשפט המינהלי בדבר "חוקיות המינהל", ותוך פגיעה משמעותית בזכות היסוד של חופש הביטוי.

ב. מחלקת הסייבר כאמור אף פועלת באופן לא שוויוני תוך הענקת "טובות הנאה" בלתי חוקיות לעובדי המדינה, באופן המייצר הפליה בין עובדי המדינה לשאר אזרחי המדינה.

2. אשר על כן פניה זו אליך תפרט את העובדות הנוגעות לעניין, את המשמעות המשפטית שלהן, ואסיים בדרישה ממך להורות על הפסקה מיידית של אותן פעולות אסורות ובלתי חוקיות כאמור.

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

3. הערה מקדימה - מכתב זה אינו מתייחס למערך הסייבר במשרד ראש הממשלה, מהנימוק היחיד ולפיו בהתאם להודעה מתקנת של ועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת, מערך הסייבר האמור אינו עוסק בשום צורה שהיא בנושא של התכנים המופיעים ברשתות החברתיות. ככל שהצהרה זו אינה נכונה או שיתברר בעתיד כי אני נכונה עוד יש לראות בפניה זו כמתייחסת גם אל מערך הסייבר האמור.

העובדות:

4. מחלקת הסייבר הגיעה להסכמות עם מספר חברות בעיקר אלו - Google, Facebook, Twitter, Youtube - בנוגע לתכנים של המשתמשים ברשתות החברתיות המנוהלות על ידי אותן חברות. משרד המשפטים מכנת הסכמות אלו בשם "אכיפה וולנטרית".
5. חברות אלו ובעיקר פייסבוק הן חברות בעלות מעמד של מונופול עולמי בתחום הרשתות החברתיות ולשם הקיצור יכונן להלן "הרשתות החברתיות".
6. בהתאם לאותן הסכמות, כפי שנמסר הן במסגרת בקשה לחופש מידע אליה אתייחס להלן, והן בדיווחים לוועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת, פונה מחלקת הסייבר אל הרשתות החברתיות בבקשות להסרת תכנים מאותן רשתות, וברוב רובן של המקרים הבקשות נענות בחיוב.
7. בהתאם לתשובה לבקשת חופש מידע, מיום 24.7.2017 מחלקת הסייבר מגישה בקשות להסרת תכנים בין היתר מהעילות הבאות – "תכנים אשר מסיתים לאלימות ולטרור או תומכים בארגוני טרור. לצד עילה מרכזית זאת ניתן למנות פרסומים אשר מהווים לשון הרע כלפי עובדי ציבור, עבירות של פגיעה בפרטיות..." (ציטוט ממכתב התשובה האמור).

מצ"ב העתק מכתב התשובה מסומן כנספח 1.

8. אציין כבר בשלב זה, לשם הסרת ספק, מכתבי זה אינו מתייחס אל הסרת תכנים של משתמש ברשתות שאינו תושב או אזרח ישראל, אלא רק אל פעולות הנעשות ביחס לתכנים של אזרח או תושב בישראל.
9. מבחינת היקף הבקשות להסרת תכנים הרי שבהתאם למסמך נספח 1 לעיל בשנת 2016 היקף בקשות הסרת התכנים עמד על כ 2000 בקשות, והוא קפץ באופן משמעותי לכ 12000 בקשות (פי 6...!) בשנת 2017. ראה לעניין זה הודעה מטעם ועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת.

מצ"ב העתק ההודעה מסומנת כנספח 2.

10. עובדה נוספת אשר עליה אין חולק היא כי מחלקת הסייבר אינה פועלת מכח חוק או מכח הסמכה בחוק, אלא מכח החלטות מינהליות של ממשלת ישראל. כאשר הצעת חוק להקמה ומתן סמכויות בנושא הסייבר טרם הגיעה לשלב של דבר חקיקה, ראה לעניין זה "תזכיר חוק הגנת הסייבר ומחלקת הסייבר הלאומי, התשע"ח-2018".

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

11. אלו כאמור העובדות ובפרק הבא להלן אעבור לדון במשמעות המשפטית שלהן.

המשמעות המשפטית של פעולת מחלקת הסייבר.

12. אקדים הסוף להתחלה.

פעולת מחלקת הסייבר כאמור לעיל הינה בניגוד מפורש לדיני המשפט המינהלי האוסר חד משמעית פעולות שיש פגיעה בזכויות יסוד ללא הסמכה מפורשת בחוק, וכאמור הסמכה בחוק אין בנמצא. פעולת מחלקת הסייבר כאמור לעיל מהווה הפרה בוטה וגסה של עקרון השוויון ומהווה הפליה בין הזכויות המשפטיות ובעיקר דרך המימוש שלהן, לטובת עובדי המדינה, לעומת הזכויות של "שאר" אזרחי המדינה. כך עובדי מדינה "זוכים" למסלול אכיפה בלתי חוקי בעליל, אשר אינו קיים כלל ואינו עומד לרשותו של כל אזרח "רגיל" והמדובר בהפליה משמעותית כפי שאפרט להלן.

הסרת תכנים או חשבונות מהווים פגיעה בחופש הביטוי

13. הסרת תוכן או הסרה של חשבון מהווה פגיעה בחופש הביטוי הן של הבעלים של החשבון ואף של המנויים (הקוראים) של אותו חשבון.

14. משמעות הזכות החוקתית לחופש ביטוי אינה רק הזכות של כל אדם להשמיע כל דעה (במגבלותיה של אותה זכות כמובן) אלא המשמעות שלה מתפרשת גם על הזכות לשמוע דעות.

15. כבר בבג"צ קול העם (בג"צ 73/53) מבסס בית המשפט את חופש הביטוי, על קיומו של "השוק החופשי של הדעות" ועל האינטרס החברתי של זכות זו, במקביל (ולא במקום) לאינטרס הפרטי -

" הדמוקרטיה מהווה בראש ובראשונה משטר של הסכמה – היפוכו של משטר המתקיים בכוח האגרופ; והתהליך הדמוקרטי הוא, איפוא, תהליך של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן, בדרך הבירור והשקלא והטריא המילולית, הווה אומר, על ידי ליבון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה והחלפת דעות עליהן בצורה חופשית.

ההשקפות והחלפה חופשית של "כל" הדעות עשויה אותה "אמת" להתבהר.

...

בפסק דינו המפורסם במשפט *Abrams v. U.S.*; (1919), 40 S. Ct. Rep. 17, 22 [12] אמר השופט הולמס (Justice Holmes):

"כאשר בני אדם יבינו כי הזמן הביא להשמטת הקרקע מתחת לאמונות לוחמות רבות, אזי גם יאמינו... כי המטרה הטובה, אליה הם שואפים סופית, תושג בדרך יעילה יותר

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

ע"י הסחר החופשי בדעות – כי המבחן הטוב ביותר לאמת הוא כוחה של המחשה להתקבל בהתחרות שבשוק, וכי האמת מהווה את היסוד היחיד להגשמת שאיפותיהם בדרך בטוחה."

16. בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ ואח' נ' קראוס ואח', פ"ד נב(3) 1 כב' השופט חשין מצטט ממאמרו של ח. כהן בעת שהיה בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה (ח' כהן "חופש הביטוי וזכויות הפרט" ספר השנה של העיתונאים (תשי"ח) 189) –

" כן היו דבריו של היועץ המשפטי לממשלה, ח' כהן, במאמרו "חופש הביטוי וזכויות הפרט" [64]:

"חופש העיתונות הוא זכות כמו זכויות רבות יסודיות אחרות, וגם חירות כחירויות אחרות; והיא איננה זכות של העיתונות ואיננה זכות של עיתונאי. היא זכות של כל אחד ואחד מאיתנו. היא זכות הפרט. זכותי היא לקבל בצינורות האפשריים והמקובלים והחוקיים את האינפורמציה הטובה והמדויקת והמוסמכת והמקיפה והרבה ביותר, וזכותי היא להביא לאחרים בצינורות המקובלים והחוקיים והאפשריים האלה את כל מה שאני יכול להביא לידיעתם, על מנת שידעו הם ויכירו מה דעתי על העניינים העומדים על סדר יומה של הציבוריות. זוהי זכות הביטוי, זכות הדיבור, לא רק זכות הביטוי והדיבור הפעיל – אלא גם זכות הביטוי והדיבור הסביל". (ההדגשה שלי ש.ב.מ.)

17. בפסיקה אשר ניתנה לפני כשנה בבית המשפט העליון של ארה"ב נאמר כי הרשתות החברתיות (שם דובר במפורש בפייסבוק) מהוות את "המרחב הציבורי" של העידן הנוכחי להשמעה ושמיעה של דעות.

בהתאם לגישה שנאמרה שם, המקום "הפיסי" העיקרי בו מתקיים כיום אותו "שוק דעות" עליו דיבר כב' השופט אגרט הוא מרחב הרשתות 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"

Packingham v. North Carolina 582 U.S. ____ (2017)

18. לאחרונה ניתנה החלטה בבית המשפט הפדראלי של המחוז הדרומי של ניו יורק, כב' השופטת NAOMI REICE BUCHWALD, בתיק KNIGHT FIRST Case 1:17-cv-05205- AMENDMENT INSTITUTE v. DONALD J. TRUMP NRB

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

19. הסוגיה שם עסקה בשאלת האפשרות "לחסום" משתמש ברשת הטוויטר של נשיא ארה"ב, פעולה שיש לה בוודאי דמיון מסוים (אולי אפילו דימיון רב) לחסימת תכנים על ידי מחלקת הסייבר.

20. במסגרת אותה החלטה מציבה השופטת את השאלה כבר בפתח הדברים –

"This case requires us to consider whether a public official may, consistent with the First Amendment, "block" a person from his Twitter account in response to the political views that person has expressed, and whether the analysis differs because that public official is the President of the United States"

21. תשובתה של השופטת לשתי השאלות הינה בשלילה, והיא מבססת את החלטתה בעיקר על סוגיית חופש הביטוי. ראשית היא קובעת כי רשת הטוויטר מהווה "פורום ציבורי" למימוש חופש הביטוי, בהתאם לדוקטרינה הידועה בשם **Public forum doctrine**. היא ממשיכה וקובעת כי הזכות לחופש ביטוי הנפגעת מחסימת המרחב הציבורי היא של **ביטוי פוליטי** הנמצא בלב ליבו של ההגנה על חופש הביטוי.

22. והיא פוסקת בסופו של דבר כך –

The viewpoint based exclusion of the individual plaintiffs from that designated public forum is proscribed by the First Amendment and cannot be justified by the President's personal First Amendment interests.

23. הדוקטרינה של מימוש חופש הביטוי, ושל מניעת גישה למקום ציבורי מטעמים של עמדות פוליטיות אומצה בישראל עוד בתחילת שנות ה 60 ראה **בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו**, פ"ד טז(3) 2101 .

24. **בע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב**, קובע בית המשפט העליון בעניין זה כדלקמן:

"שטחיה הציבוריים של רשות מקומית מהווים במה אפקטיבית לשם השמעת דעות והחלפת רעיונות ועל כן שלילת נגישותם בפני הביטוי הפוליטי עלולה לפגוע קשות בעקרון חופש הביטוי (השווה: **בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529, 545). אשר על כן, פרשנותו של בית המשפט קמא את הלכת פרץ, כאילו כל תכליתו היא מניעת הפליה בשימוש בנכסי הרשות המקומית הוא פירוש מצמצם. על הרשות המקומית לפתוח את מתקניה המיועדים לשימוש הקהל הרחב תוך מתן אפשרות להבעת דעות שונות, ובכלל זה לאפשר מתן במה לביטוי פוליטי, מבלי להגביל את הביטוי לו היא נותנת במה על פי תכנון"

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

25. מכל הדברים האמורים לעיל המסקנה ברורה אף הכרחית, חסימת תכנים ברשתות החברתיות הינה פעולה שיש בה פגיעה ממשית בחופש הביטוי.
26. בוודאי כאשר פעולה זו נעשית בחלקה מטעמים פסולים כפי שאפרט להלן.
27. בוודאי ובוודאי כאשר פעולה זו נעשית ללא מתן "זכות שימוע" של מי שהתכנים שלו נחסמים.
28. ודוק, אין כוונת הדברים כי חסימת תכנים (או בקשה לחסימת תכנים) אינה אפשרית בגלל זכות חופש הביטוי, אשר כידוע אינה זכות מוחלטת, אלא שהמשמעות של הפגיעה בחופש הביטוי, ופגיעה משמעותית כאמור, הינה כי הדבר אינו יכול להיעשות ללא הסמכה מפורשת בחוק, וללא קיומו של "הלך ראוי והוגן".

היעדר השוויון וההפליה

29. כפי שפורט לעיל מנספח 1, מחלקת הסייבר מודה ובכתב כי הבקשות להסרת תכנים נעשות בין היתר מהעילות הבאות – "פרסומים אשר מהווים לשון הרע כלפי עובדי ציבור, עבירות של פגיעה בפרטיות".
30. אבקש להתייחס במסגרת פרק זה לשתי עילות אלו בעיקר.
31. מתברר מהאמור לעיל כי לעובד ציבור הנפגע מ"לשון הרע" (נטענת) ישנו מסלול משפטי למינחסים.
32. לעובד ציבור אין ולא קיימת כל זכות עודפת ביחס לפרסום לשון הרע. הסטטוס של עובד ציבור לא נזכר כלל בחוק איסור לשון הרע.
33. רק לאחרונה פסק בית המשפט העליון (ראה רע"פ 5991/13 אליצור סגל נ' מדינת ישראל) כי אפילו ביחס לעבירה של העלבת עובד ציבור, הפרשנות הראויה ליסודות עבירה זו צריכה להיות בגישה מצומצמת משמעותית בגלל החשש לפגיעה בחופש הביטוי –

"לאור כל האמור, אני סבורה כי יש לקבוע שכאשר הביטוי העולב נכלל בגדרו של חופש הביטוי הפוליטי יש ליתן לו הגנה יתרה ולנקוט ריסון רב במיוחד בהחלת העבירה לגביו. קביעה זו הינה יישום פרטני של הכלל שעליו עמדתי לעיל לפיו ככל שעסקינן בביטוי המגשים בצורה מלאה יותר את הרציונלים של חופש הביטוי, כך תידרש פגיעה קשה יותר בכבודו של עובד הציבור כתנאי לתחולת העבירה. במילים אחרות, היות שהביטוי הפוליטי עומד בראש הפירמידה של הביטויים ומגשים במידה הרבה ביותר את תכליותיו של חופש הביטוי, ראוי לספק לו את ההגנה המירבית האפשרית מפני תחולת העבירה. בהתאם לכך, אני סבורה כי יש לקבוע שביטויים פוליטיים יהיו מוגנים כחפץ תחת מפני תחולת עבירת ההעלבה (השוו, עניין *Morse*, פסקה 108 (ניו-זילנד)). משמעות הדברים היא כי ברוב המקרים של המקרים, אם לא בכלם, תועדף ההגנה על הביטוי הפוליטי על פני הערך המוגן שביסוד עבירת ההעלבה."

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

(כב' הנשיאה בדימוס נאור, פסקה 38 לחוות דעתה)

34. והנה על אף הדברים הללו, "נהנים" עובדי הציבור במקרים של "לשון הרע", ודוק רק בגדר "טענה" על לשון הרע שטרם הוכחה במשפט, מזכות משפטית שהמשפט לא מכיר ולא יכול להכיר בה של מניעה מראש של לשון הרע, בדרך של חסימת תוכן (או פניה לחסימת תוכן) של רשות מינהלית.

35. במילים אחרות – אם לוי יכתוב לשון הרע בעמוד הפייסבוק שלו כנגד שמעון שהינו אזרח פרטי, יידרש שמעון לשכור עו"ד ולנהל הליך משפטי שלם ואם יזכה בו יקבל פיצוי. לעומת זאת אם אותו שמעון הוא (במקרה) עובד ציבור, אזי מחלקת הסייבר כבר דואגת לו לדרך עוקפת חוק, ומחלקת הסייבר תדאג להסרת התוכן שיש בו משום לשון הרע דרך הרשת החברתית, כאשר שמעון עובד הציבור אפילו לא נדרש להליך משפטי כלשהו.

36. אם זו לא הפליה ואם זה אינו אי שוויון הזועק לשמיים, איני יודע מהו כן.

37. אותם דברים יפים גם ביחס לעילות של פגיעה בפרטיות. העוולה של פגיעה בפרטיות דורשת גם היא הוכחה משפטית, דרך הליך משפטי שבין הנפגע והפוגע. שוב מחלקת הסייבר יוצר "מעקף משפטי", או יותר נכון מעקף שאינו דורש עוד הכרעה משפטית בקיומה של הזכות ובהוכחת הפרתה, אלא גורם מינהלי כלשהו, ללא כל הסמכה חוקית, הוא שמחליט מתי מדובר בפגיעה בפרטיות והוא גם נוטל לעצמו את החירות לחסום (או לבקש לחסום) תוכן שלדעת אותו גורם מינהלי פוגע בפרטיות.

38. נראה בעליל מהדברים שנאמרו לעיל (וזו מסקנה עגומה בהחלט), כי משרד המשפטים ומחלקת הסייבר שלו, סבורים כי עולם הרשתות החברתיות הוא בגדר "המערב הפרוע" תרתי משמע. אם עוולה של לשון הרע, או של פגיעה בפרטיות נעשית בעולם הפיסי ה"אמיתי", חלים עליה כללי המשפט האלמנטריים – פניה לבית משפט, הוכחת הפגיעה בזכות, ובקשה לפיצוי על נזק על ידי הכרעה שיפוטית.

ואולם, אם עוולות אלו נעשות ברשתות החברתיות, אזי שם "משוטטים" להם ה"שריפים" של מחלקת הסייבר, נטולי כל מגבלה חוקית. הם (אותם שריפים) גם בגדר החוקר גם השופט וגם המוציא לפועל. השריפים של מחלקת הסייבר משוטטים בעולם הווירטואלי, מקבלים תלונות, מחליטים על דעת עצמם, כמובן בלי לשאול את "הנאשם" דבר, כי מדובר בעוולה של לשון הרע נגד איש ציבור, או פגיעה בפרטיות וישר מוציאים את "העונש" לפעול בדרך של סתימת הפה הווירטואלי או אף במקרים קשים יותר של העלמת ה"נאשם" מהעולם הווירטואלי כליל (בדרך של הסרת החשבון).

39. הנה, אין ספק כי העולם הווירטואלי מזמן לנו תובנות חדשות מתחומי המשפט השונים, אך לא שיערנו לעצמנו כי הוא גם ייצר לנו "מערב פרוע" חדש, נטול דין ונטול דיין.

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

היעדר הסמכה חוקית ופגיעה בעקרון חוקיות המינהל

40. כאמור, ואין על כך חולק, מחלקת הסייבר פועלת ללא כל הסמכה מפורשת בחוק או מכח חוק.

41. כל פעולת מחלקת הסייבר מתבססת על החלטת ממשלה ותו לא.

42. נוכח הפגיעה המהותית של פעולת המחלקה בזכויות יסוד (שלא לדבר על ההפליה החמורה שציינתי לעיל) הרי שמדובר בפעולה נעדרת כל סמכות חוקית מהנימוקים שאפרט להלן.

43. ביחס לחובה של רשות מינהלית לפעול רק בגדר הסמכות החוקית נאמר בבג"צ 4466/16 מוחמד עליאן ו-6 אחרים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (החלטה מיום 14.12.2017) כך:

"כל גורם מינהלי חייב לפעול בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לו בחוק. עקרון זה הוא אבן הפינה של המשפט המינהלי. הוא מחייב את הגורמים המינהליים לפעול לפי חוק, ובכך הוא מגביל את כוחו של השלטון ומבטיח את חירויות הפרט. החובה המינהלית החלה על המפקד הצבאי לפעול בסמכות חלה ללא קשר לטיב ולתבונת החלטתו. גם פעולה מינהלית "טובה" או כזו שנעשית מתוך "צורך מינהלי" יכולה להימצא כבלתי חוקית אם אין לה מקור סמכות. בדומה, גם פעולה מינהלית שמוציאה אל הפועל מדיניות של הממשלה יכולה להימצא כבלתי חוקית אם אין לה מקור סמכות (ראו: רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים - משרד הביטחון, [פורסם בנבו] פסקה 37 (5.11.2017); ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה, [פורסם בנבו] פסקה 33 (27.6.2011); בג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582, 587 (1996); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97-98 (2010); ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1987); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א -76 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית))"

44. הדברים יפים למקרה שלנו. גם אם מדובר בפעולה מינהלית "טובה" (ולא כך הדבר לטעמנו), אין ולא יתכן כי מנגנון ממשלתי שנוטל לעצמו חירות לפעול לחסימת תכנים ואף להסרת חשבונות ברשתות חברתיות, תוך פגיעה בזכויות יסוד יפעל ללא כל הסמכה מפורשת בחוק.

45. עקרון חוקיות המינהל אינו דרישה פורמלית דווקנית. הסמכה בחוק דרושה לשם קביעת ומתן סמכויות על ידי הרשות המחוקקת המייצגת את הריבון הוא העם, לשם ביקורת של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת, ולשם הגנה על זכויות הפרט.

46. הקמת מחלקת הסייבר וכל פעולתה בהקשר נשוא מכתבי זה הינה גם בניגוד גמור להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 7 (א) לחוק היסוד קובע כי - "כל אדם

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

זכאי לפרטיות ולצנעות חיי"ו. חוק היסוד מאפשר פגיעה בזכויות המפורטות בו, בתנאי שהיא נעשית מכח חוק ועומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. נוכח שבפעולות מחלקת הסייבר יש משום פגיעה בפרטיות (בדרך של בילוש אחר אנשים ומה הם מפרסמים) הרי שללא הסמכה מפורשת בחוק כל פעולות המחלקה הינן בלתי חוקיות.

47. לא ניתן אף לקבל את הטענה כי לממשלה הסמכות להקים ולהפעיל את מחלקת הסייבר מכח הסמכות השיורית של הממשלה המוגדרת בסעיף 32 לחוק יסוד הממשלה:

"הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

48. בבג"צ 8600/04 אבנר שמעוני, ראש המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה (להלן: "פרשת שמעוני") נאמר ע"י בית המשפט כי תכליתו של סעיף 32 לחוק היא:

"לספק מקור שבחוק לסמכויות הממשל הכלליות, לגשר בכך על הפער שהיה קיים בין המציאות של המינהל לבין העקרון של חוקיות המינהל" (זמיר, שם, עמ' 335).

א. סמכות זו יכולה לחול כנאמר שם בשני מצבים:

"הוראה זו חלה בשני מצבים עיקריים: הראשון, בו נתונה למדינה סמכות פלונית (כגון כריתת חוזה או ביצוע פעולה במשפט הבינלאומי) אך לא נקבע מיהו האורגן אשר מוסמך לפעול בשם המדינה. בא סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה וקובע כי במצב דברים זה הסמכות הינה בידי הממשלה. השני, בו לא ניתנה למדינה סמכות פלונית, וממילא גם לא נקבע מי האורגן המוסמך לכך. בא סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה וקובע כי סמכות כזו קיימת והיא נתונה לממשלה. נעמוד בקצרה על כל אחד משני המצבים הללו."

49. בעניין נשוא מכתבי זה אנו עוסקים במצב בו אין למדינה סמכות מפורשת לעניין מחלקת הסייבר.

על כך נאמר בפרשת שמעוני:

" המצב השני מניח את היעדרה של הסמכות עצמה. מכוחו של סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה מוענקת אותה סמכות לממשלה עצמה. הענקה זו מעוררת בעיות קשות (ראו מ' כהן, סמכויות כלליות של הרשות המבצעת (2002)). ניתן היה לטעון כי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה מוגבל אך לתפקיד הראשון. גישה זו לא התקבלה, והדין הוא כי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה אינו מוגבל לתפקיד הראשון בלבד (ראו י' זמיר, הסמכות המינהלית 335 (כרך א', 1996); כהן, שם, עמ' 173-175).

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

עמד על כך הנשיא מ' שמגר:

"הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה... חיקוקים שונים מעניקים סמכויות מוגדרות לממשלה או לשר משריה. אולם הסמכויות המוקנות לממשלה רחבות יותר מאלו המפורטות בחיקוק זה או אחר. אין אפשרות לכסות את כל תחומי הפעולה האפשריים של הרשות המבצעת על-ידי הוראה חקוקה. חובתה של הממשלה כרשות מבצעת חובקת הרבה תחומי פעולה שבהם נדרשת פעולתה, אף-על-פי שאין חוק מפורש המפרט את סמכויותיה בתחום האמור" (בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 651; להלן: פרשת פדרמן; ראו גם בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 181, 189; להלן: פרשת איגוד שמאי ביטוח). "

50. כאשר מדובר בסמכות שיורית נקבע בפרשת שמעוני כי הפעלת הסמכות מוגבלת מעקרונות היסוד של המשטר החוקתי במדינת ישראל:

"הפעלת הסמכות השיורית - כהפעלתה של כל סמכות מינהלית - כפופה לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי. הממשלה היא נאמן הציבור. עליה להפעיל את סמכותה השיורית באופן המגשים נאמנות זו"

51. ובעיקר כפי שנאמר שם הסמכות השיורית (להבדיל מסמכות מפורשת שניתנה בדבר חקיקה) אינה יכולה להיות סמכות לביצוע פעולות שיש בהן משום פגיעה בחירויות הפרט ובזכויות אדם:

"שלישית, הסמכות השיורית אינה יכולה להוות מקור להסמכה לפגיעה בחירותו של הפרט. עקרון יסוד במשטר דמוקרטי המבוסס על שלטון חוק מהותי וזכויות אדם הינו כי "לפרט מותר כל דבר שלא נאסר עליו כדין. לשלטון אסור כל דבר שלא הותר לו כדין" (דברי בג"ץ 164/97 קונטראם בע"מ נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 344). היא זה שינוי בתפיסות היסוד הדמוקרטיות שלנו, אם ניתן יהא 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. סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה "מעניק לממשלה רק סמכויות ממשל כלליות שאין בהן כדי לפגוע באופן ישיר בזכויות האדם" (זמיר, שם, עמ' 337). בדומה צויין כי "אין להעלות על הדעת, כי סמכויות טבועות אלה תוכלנה לפגוע במערכת הזכויות של הפרט" (שם, עמ' 784). גישה זו עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו מ' כהן, שם, עמ' 207).

כבר בפרשת מיטרני ציין הנשיא שמגר כי:

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

"כאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האוויר, אלא אם הוקנתה לו על ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור" (בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 359).

52. כך גם בבג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל אומר כב' המשנה לנשיא בדימוס חשין ביחס להפעלת הסמכות השיוורית את הדברים הבאים:

" סמכותה השיוורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) לא ביקשה לשחרר עצמה מכבליהם של עיקרי היסוד. נהפוך הוא: בהיעדר הוראת אחרת - והוראת אחרת אין בנמצא - נפרש את סמכותה השיוורית של הממשלה כסמכות הנותנת עצמה בעול עיקרי היסוד של שיטת המשפט. הוראת סעיף 32 רואה עצמה ככולה בעיקרי היסוד של שיטת המשפט, ונוח לה בכך. יתר-על-כן: נועדה היא לשרת עיקרים אלה וייעודה מקובל עליה. כנדרש מכך, יימצאו מעשים ופעילויות שהממשלה לא תהא מוסמכת לעשותם אך בהיותם נוגדים את עקרונות היסוד של שיטת המשפט, בהם תפישות היסוד החוקתיות ששיטת המשפט שלנו מושתתת עליה. וכפי שהורנו הנשיא שמגר בפרשת פדרמן (שם, 652):

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו.

אכן, בבואה אלינו - היא ואימותיה ההיסטוריות בחוקי-היסוד - חזקה על הוראת סעיף 32 כי ביקשה לשלב עצמה בתפישות היסוד החוקתיות של ישראל, כי ראתה תפישות-יסוד אלו תשתית לקיומה וחלק מן הצופן הגנטי המקיים אותה במקומה. וכדברי הנשיא ברק בפרשת שמעוני (שם, בפיסקה 14):

תכליתה של הוראה זו לא היתה לפגוע בעקרונות היסוד של המשטר החוקתי במדינת ישראל. נהפוך הוא: הוראה זו נועדה להגשים עקרונות יסוד אלה והיא צריכה להתפרש לאורם ... אין לפרש את סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה באופן הפוגע בעקרונות הפרדת הרשויות, עצמאות הרשות השופטת, שלטון החוק המהותי וזכויות האדם. סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה צריך למצוא את מקומו הראוי במסגרת התפיסה החוקתית הכוללת העולה ממכלול חוקי היסוד, והמגשימה "תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו" ... בכך יושג האיזון הראוי בין הצורך המעשי להבטיח סמכות

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

כללית לרשות המבצעת לשם הגשמת תפקידיה לבין הצורך הערכי להבטיח את שילובה של סמכות זו במארג הכולל של תפיסתנו החוקתית.

20. בהקשר ענייננו עתה נפסק - והלכה זו מקובלת על הכל - כי מכוח סמכותה השיורית כהוראת סעיף 32, אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. זכויות אלו מהוות חלק אינטגרלי במשפט ופגיעה בהן יכול שתיעשה רק בחוק הכנסת לבדו. כל זכות מזכויות היסוד "את חוקים תתהלך" (בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד (1) 49, 96); "עוצמתה ורמתה כעוצמתו וכרמתו של חוק", ו"רק לשון מפורשת וחד-משמעית בחוק יש בכוחה להגביל או להצר ... זכות מעין-זו (שם, שם). ועוד: "סמכותה ה'שיורית' של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה'שיורית' של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מנהלי' ... 'חלל מנהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת" (הנשיא ברק בפרשת הוועד הציבורי, 832). אכן, חירויות היסוד שהן חלק מן המערך הגנטי של המשפט נמצאות בכל נורמה ונורמה במשפט אף בלא שנחקקו בחוק, ופועל יוצא מכך הוא, כי הממשלה אינה מוסמכת לפגוע בהן אלא אם הוסמכה לכך במפורש בידי הכנסת. עמד על כך הנשיא שמגר בפרשת פדרמן (שם 652):

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמאטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו. כך הדבר לגבי זכויות יסוד שהן חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, בין אם הוכללו בחוק יסוד ובין אם טרם נעשה כן. כך, לא תהיה, לדוגמא, 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.

ראו עוד: פרשת שמעוני, פסקה 17; ספר זמיר, 337; פרשת עיריית קריית גת, 47; מרגית כהן, 275 ואילך. הלכה זו, נעיר, זכתה למישנה תוקף לאחר חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, והם חוקי-יסוד אשר היקנו לזכויות שנקבעו בהם מעמד-על, ואף הוסיפו וקבעו מפורשות כי אין פוגעים בזכויות שנקבעו בהם אלא בחוק או "מכוח הסמכה מפורשת" בחוק. הנה-כי-כן, לא-זו-בלבד

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

שזכויות היסוד אשר נימנו בשני חוקי-היסוד האמורים הפכו להיותן "דין" חרות - וממילא חל עליהן, ובמישרין, העיקרון של "בכפוף לכל דין" הקבוע בסעיף 32 - אלא שנאמר בחוקי היסוד במפורש כי הפגיעה באותן זכויות מחייבת הסמכה מפורשת בחוק. ברי כי נוסחה הכללית של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינו מהווה הסמכה מפורשת שכזו, וממילא אין הוא מתיר לממשלה לפגוע בזכויות יסוד שחוקי-היסוד מדברים בהם. ראו דבריו של פרופ' ברוך ברכה במאמרו "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי", ספר יצחק זמיר על משפט, מימשל וחברה (תשס"ה-2005), 161, 190 (ברכה, זכויות אדם חוקתיות, והמשפט המינהלי). ראו עוד: פרשת עיריית קרית גת (שם, 847), מפי השופט דורנר; זמיר, משפט וממשל, 116-118.

53. בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 832 נקבע על ידי כבי השופט ברק בעניין פגיעה אפשרית של הסמכות השיורית בחירות הפרט כי:

"... אין להסיק מהוראה זו סמכות לחקירה במונח שבו אנו עוסקים בעתירות אלה. סמכות החקירה פוגעת בחירותו של הפרט. סמכותה ה'שיורית' של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה'שיורית' של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מינהלי'... 'חלל מינהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת".

54. ברור מהדברים האמורים כי "הסמכות השיורית" אינה יכולה לשמש מקור הסמכה לפעולות של הממשלה שיש בהן פגיעה בזכויות הפרט, בהיעדר הסמכה מפורשת של המחוקק.

55. כפי שנאמר לעיל, ההסמכה (בהחלטה מינהלית ולא בחוק) של מחלקת הסייבר לבצע פעולות בילוש אחר תכנים, ולפעול (גם דרך הסכמות עם חברות חיצוניות) להגיש בקשות לחסימת תכנים, להסרת חשבונות ולמעשה להשתקת אזרחים ללא כל הליך משפטי קודם ואפילו ללא מתן זכות טיעון, היא הסמכה לבצע פעולות שהן **במובהק פוגעות בזכויות אדם**.

56. ודוק. גם אם התכנים שמבוקש להסיר הם אכן "לשון הרע" וגם אם הם אכן "פגיעה בפרטיות", אין בכך דבר וחצי דבר עם הקניית סמכות שלא באמצעות חוק לגורם מינהלי ממשלתי לבצע פעולה מינהלית שיש בה **יסוד משמעותי** של פגיעה בזכויות. במצב כאמור

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

לא ניתן לעשות שימוש בסמכות השיורית, אלא נדרשת הסמכה מפורשת של המחוקק לעניין זה. והסמכה כזו אין בנמצא.

57. מרגית כהן בספרה " סמכויות כלליות של הרשות המבצעת" המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים 2002, טוענת כי:

"הציר המרכזי לתחולתו של עקרון השיוריות כעיקרון המגביל הפעלת סמכויות כלליות הוא בזיהוי היחס שבין החוק והסמכות הכללית, או במילים אחרות, בפרשנות שני ההסדרים. עקרון השיוריות יפעל כמגבלה המצמצמת את אפשרות ההפעלה של סמכויות כלליות ככל שתגבר הנטייה לזהות מצבים של סתירה. אך בפועל המגבלה מקבלת ביטוי ברור רק כאשר מדובר בהפעלה ממשלתית של מסגרת מדיניות שלמה ומקיפה שנועדה לבוא במקום מערך סטוטורי שלם מקיף שהוא שונה מטבעו."

כאשר הפעולה שנעשתה ע"י הממשלה היא פעולה מיטיבה, היא לרוב מקבלת אישור, דרך המנעות מקיום מצב של סתירה, כלומר, הפעולה משוייכת לתחום אחר מזה הקיים בחוק, או דרך לקונה בחוק. שתי דרכים אלו לדעתה של כהן הן דרכים משפטיות פרשניות לגיטימיות וחשובות, אך לא ניתן להתבסס עליהן כדי להתחמק ממגבלת השיוריות, ראה בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ו-28 אח' נ' שר החקלאות, נ(2) 715, שם הוצדקה הפעולה הממשלתית כפעולה באותה מאטריה ל-"תכלית שונה".

58. אשר לפעולות פוגעניות, פעולות אלא לא יאושרו, כיוון שהן מתנגשות עם זכויות היסוד. עם זאת, לדעת כהן:

"למרות זאת, אינני סבורה שלמגבלת השיוריות אין מקום בהקשר זה, השימוש במגבלה זו עשוי להיות פשוט יותר מאשר הפעלת מגבלת זכויות היסוד. זאת משום שהמגבלה מוצגת כבילת פנים "מכניסטיות" פרשניות.....יש להמשיך ולהקצות למגבלת השיוריות מקום חשוב במסגרת הדיונים בסמכויות הכלליות....."

59. לדעתה של כהן יש להרחיב את השימוש במגבלה גם במקרים שבו מפעילה הממשלה הסדר שלם מכח סמכות כללית, במקום הסדר שלם הקבוע בחוק, גם לפעולות מיטיבות.

60. זה בדיוק מצב הדברים במקרה שבפנינו, ואף מדובר בפעולות מירעות מאד, ולא מיטיבות.

61. הממשלה, מכח החלטה מינהלית בלבד, יצרה מנגנון שלם, רחב מאוד ומקיף, של מחלקת סייבר המתערבת בעשרות אלפי מקרים של תכנים ברשתות החברתיות, כלפי כלל

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

הציבור, והכל ללא כל הסמכה בחוק, וללא כל יכולת בקרה כלשהיא על הפעולות שלו, הן מבחינת המחוקק והן מבחינת השקיפות כלפי הציבור.

62. ודוק אין משמעות לעניין היעדר הסמכות כי המדובר ב"אכיפה וולנטרית", או בהסכמות של מחלקת הסייבר עם הרשתות החברתיות. ברי לכל אחד כי אין דין פניה של אזרח "רגיל" אל רשת חברתית בבקשת הסרה כדין פניה של מדינת ישראל. ואין דין האפשרות של משתמש רגיל לסמן בתוך הרשת בקשה לטיפול בתוכן פוגעני, ולקוות לטוב, כדין מדינה אשר עורכת הסכם אכיפה מסודר עם הרשתות החברתיות.

כך או כך גם הסמכה להתקשר בהסכם כאמור, אשר התוצאה שלו היא שליטה דה פקטו של מחלקת הסייבר באפשרות הסרת תכנים ברשתות החברתיות, חייבת להיות בחוק ואין כזו.

סיכום

63. כפי שנאמר לעיל, מחלקת הסייבר שהוקמה במדינת ישראל מתייחסת אל מרחב הרשתות החברתיות כאל עולם "אקס טריטוריאלי" שאינו כפוף לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית בישראל, והיא פועלת כאילו כל זכויות היסוד החוקתיות אינן חלות כלל על מרחב זה.

64. גורמי האכיפה של עולם זה נוסדו ופועלים שלא מכח כל חוק.

65. בעולם זה אין משמעות להליכים משפטיים כדי לחסום תכנים בגין עילות של לשון הרע או פגיעה בפרטיות.

66. בעולם זה ניתן לקבל "צו מניעה מתמיד" כנגד לשון הרע, מה שספק אם קיים בעולם המשפט האמיתי.

67. בעולם זה לא שמעו על המושג "זכות הטיעון".

68. בעולם זה לעובדי ציבור יש זכויות יתר משפטיות בעלת משמעות עצומה, ונוהג בעולם זה חוסר שוויון בולט בין עובדי ציבור לבין שאר המשוטטים בו.

69. ובכן, נוכח שעסקינן בתחום "הוירטואלי" אפשר לומר כי עולם כאמור יכול להתקיים אולי בדמיון, אך אין לו מקום במציאות, ולצערי במציאות הוא קיים ומשפיע ופוגע בזכויות יסוד ובמשמעותיות שבהן.

70. יתרה מכך. ישנה חומרה יתרה בכך שגורם ממשלתי (ללא כל פיקוח ובקרה שיפוטיים) הוא שמינה עצמו ל"פקח" על התכנים תוך התעלמות מהזכות החוקתית לחופש הביטוי. מי שאינו מבין את הסכנה בכך לחופש הביטוי במובן הרחב, ושל החשש המשמעותי ל"שוק הדעות הפתוח", כנראה לא מבין דבר ביחס למשמעות של חופש הביטוי.

71. אשר על כן הגיע הזמן להחזיר את עולם הרשתות החברתיות אל הטריטוריה המשפטית הנוהגת במדינת ישראל.

בן מאיר - משרד עורכי דין
BEN MEIR - LAW OFFICE

72. לאור כל האמור הינך מתבקש להורות למחלקת הסייבר, כאמור ביחס לחשבונות של אזרחי ותושבי מדינת ישראל כדלקמן:

א. להפסיק לפעול בכל דרך שהיא לחסימת תכנים או להסרת חשבונות מבלי ליתן לבעל החשבון זכות טיעון כדת וכדין, טרם כל בקשה כאמור.

ב. להפסיק כל פעולה בכל דרך שהיא לרבות בדרך של בקשה לחסימת תכנים או הסרת חשבון הנוגעת לטענות של לשון הרע כנגד עובד ציבור, או כל טענה אחרת ספציפית של עובד ציבור.

ג. להורות למחלקת הסייבר שלא לבצע שום פעולה של בקשה לחסימת תכנים שיש בה משום פגיעה בזכות יסוד או משום הפליה ואי שוויון.

73. נוכח החומרה של מעשי מחלקת הסייבר כפי שפירטתי לעיל בפניה זו, והפגיעה הנמשכת בזכויות יסוד, הנני מבקשך להשיב לי על פניה זו בתוך 21 ימים.

74. בהיעדר תשובה כאמור אראה בכך תשובה שלילית על כל הנובע מכך, ואראה עצמי חופשי לפנות לערכאות משפטיות בעניין.

בכבוד רב
שחר בן מאיר עו"ד

העתק:

עו"ד דינה זילבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה.

מנהל מחלקת הסייבר במשרד המשפטים.

מערך הסייבר במשרד ראש הממשלה.

ועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת.