

תקציר – בג"ץ 7846/19 עדאלה נ' פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר

בית המשפט העליון (בהרכב הנשיאה, השופטת א' חיות, המשנה לנשיאה, השופט חנן מלצר, והשופט אלכס שטיין) דחה היום בפסק דין ששומע עם פרישתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר, את עתירתם של מרכז עדאלה ושל האגודה לזכויות האזרח. העתירה הופנתה נגד אכיפה וולונטרית שמבצעת מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: מחלקת הסייבר), באמצעות פניות שהיא יוזמת אל מפעילי פלטפורמות מקוונות, כמו פייסבוק או טוויטר, ומנועי חיפוש במרשתת, כמו גוגל (להלן: מפעילי פלטפורמות מקוונות). בפניות אלה יש דיווח על פרסומים שיש בהם לכאורה משום הפרה של הוראות הדין הפלילי הישראלי ואשר מפרים את תנאי השימוש של הפלטפורמות המקוונות, ובקשה להסרתם, או למניעת גישה אליהם. נקבע כי הפניות של מחלקת הסייבר עומדות, אף אם לעתים בדוחק, בגבולות החוקיות.

הפניות של מחלקת הסייבר אל מפעילי הפלטפורמות המקוונות, לגביהן נסובה העתירה, נעשות במסלול של אכיפה וולונטרית, לא כופה, ובעקבות הפניות – מפעילי הפלטפורמות המקוונות, מחליטים, בתורם, תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי, כיצד לנהוג בדיווח שהועבר. פניות המחלקה מתרכזות ברובן הגדול בנושאים ביטחוניים ובפרסומים המהווים לכאורה הסתה לאלימות ולטרור. מחלקת הסייבר מדווחת למפעילי הפלטפורמות המקוונות גם על פגיעות בקטינים, וכן על עבירות לכאורה כלפי משרתי ציבור, ועל נושאים הקשורים בטוהר הבחירות לכנסת.

על אף שפעולת האכיפה הנ"ל היא וולונטרית ולא כופה – בית המשפט העליון, מפי המשנה לנשיאה מלצר, קבע כי עצם הפנייה אל הפלטפורמות יש בה משום אקט שלטוני. זאת מפני שאף שמפעילי הפלטפורמות המקוונות פועלים באופן עצמאי בעיצוב הכללים המסדירים את מישור היחסים בינם לבין המשתמשים, הרי בעת שהמחלקה מפנה את תשומת ליבם להפרות לכאורה של הוראות הדין הישראלי – אין לשלול השפעה אפשרית שיש לפניות כאמור על מפעילי הפלטפורמות וכן על היווצרות חשש אצלם מפני הרשות השלטונית שיכולה לפעול להצרת צעדיהם, בין בדרך של חקיקה ראשית, בין בדרכים מינהליות. הסדר זה, שנעשה בתיאום עם מפעילי הפלטפורמות המקוונות, משקף איפוא מודל חדשני, שניתן לכנותו "רגולציה הופכית", שבמסגרתו אכיפת החוק ואסדרתה של מערכת היחסים בין כל השחקנים בשוק – נעשית כאשר המדינה ממלאת תפקיד של גורם מדווח, המפנה את ההפרות לכאורה – להחלטתם של מפעילי הפלטפורמות המקוונות, זאת מבלי לפגוע בסמכויות המדינה לבצע אכיפה פלילית מסורתית. בהקשר זה ניתן לסווג את האינטראקציה בין המדינה, מפעילי הפלטפורמות המקוונות, ומשתמשי הקצה

והציבור, כמערכת יחסים הפועלת באופן ייחודי בצורה של **משולש**, כאשר "מקומה הגיאומטרי" של המדינה היא באחת מצלעות **המשולש** של שלושת הגורמים הנ"ל.

בפסק הדין נקבע עוד שהעותרים לא הצליחו להציג תשתית עובדתית מוצקה לכך שפניות המחלקה, ככאלו, פגעו בערכי חופש הביטוי והנגישות למידע, ובהיעדר דוגמאות ספציפיות לכך נוצר קושי לקבל את הטענה שמכלול הפעילות של המחלקה פוגע בעותרים, ככאלה. זאת ועוד – נפסק כי בחירתם של העותרים שלא לצרף את מפעילי הפלטפורמות המקוונות כמשיבים לעתירה, הקשתה אף היא על בירור הסוגיות שבמחלוקת.

עם זאת, בשל ראשוניות הנושא שהובא כאן בפני בית המשפט – חוות הדעת של המשנה לנשיאה המשיכה וקבעה כי בנסיבות העתירה, במרבית המישורים שבהם פועלת המחלקה אין משום פגיעה ישירה בזכויות יסוד במשמעותה המקובלת. זאת משתי סיבות עיקריות:

(א) לא הונחה תשתית עובדתית לכך שפעילותה של מחלקת הסייבר פוגעת בזכויות אדם, בין היתר כיוון שלרובוטים וליצגנים (אוטארים), שחלק מהפרסומים הפוגעים נובעים מהם – אין זכויות אדם. חלק מאותם רובוטים אף לא מופעלים על-ידי בני אנוש מאחוריהם, אלא על-ידי אינטליגנציה מלאכותית (A.I – Artificial Intelligence).

(ב) במשולש הכוחות הייחודי שנוצר בנסיבות של אכיפה ברשתות חברתיות, כאשר המדינה איננה כופה הגבלה של ביטוי, ומפעיל הפלטפורמה המקוונת הוא שמסיר את הפרסום, או חוסם את הגישה על-פי שיקול דעתו – גם אם "הרגולציה ההופכית" עלולה להשפיע בעקיפין על זכויות, לא ניתן לומר כי המדינה היא "השחקן" הפוגע בזכות, ולנפגעים עומדות ממילא תרופות אחרות, לרבות כנגד הפלטפורמות המקוונות.

עוד נפסק כי פעילות מחלקת הסייבר במתכונת הקיימת היא חיונית לשמירה מיידית על הביטחון הלאומי ועל הסדר החברתי, אך אין היא חפה מקשיים, הנוגעים בעיקר לבעיית ההסמכה בחקיקה ראשית **פרטנית** לפעולות המחלקה. יחד עם זאת – נפסק כי עד לקבלת חקיקה מפורטת בנושא, ניתן להמשיך במצב הנוהג, כמו שנעשה במדינות דמוקרטיות אחרות, כאשר אצלנו הדבר מתבסס על הסמכות השירותית של הממשלה, או על סמכויות עזר של גורמי האכיפה.

לצד כל האמור לעיל, נקבע כי על מחלקת הסייבר להתחשב בצורך לתעד את פעילותה ולהקפיד על קיום שקיפות (במגבלות ביטחון). כמו כן הוער כי על המחלקה להנחות את עצמה בדקדקנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון, שהיא בבחינת דין הדוחה סמכות שיורית לעניין זה. עוד נקבע שיש לשקול יוזמת חקיקה ראשית מפורטת לגבי מכלול האכיפה הוולונטרית, כפי שנעשה הדבר בחלק ממדינות המערב, וכן ראוי לבחון הקמת מנגנון מבקר ומפקח על פעילות המחלקה.

השופט א' שטיין הצטרף לפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר.

הנשיאה א' חיות סברה כי יש לדחות את העתירה על הסף. הנשיאה הסכימה עם הקביעה כי פעילותה של מחלקת הסייבר מהווה מעשה שלטוני, שכן היא מבצעת פעילות יידוע שיטתית, מכוונת, נרחבת ומאורגנת, אשר יש בה משום מילוי "תפקיד ציבורי". עם זאת, לעמדתה, נפלו שני פגמים מהותיים בעתירה: חוסר בתשתית עובדתית ואי-צירוף משיבים רלוונטיים, מפעילי הפלטפורמות המקוונות. ההכרעה בשאלה אם קיימת הסמכה מספקת לפעילות מחלקת הסייבר, כך ציינה הנשיאה, תלויה בשאלה אם פעילות זו פוגעת בזכויות יסוד. אולם, הפגמים המהותיים שנפלו בעתירה כמפורט לעיל, מקשים על בירור שאלה עקרונית זו ועל בירור הסוגיות התקדימיות הכרוכות בה ומסכלים, לעמדת הנשיאה, את האפשרות להכריע בהן. על כן, מן הראוי, לשיטתה, לדחות את העתירה על הסף.