



20 לינואר 2020
כ"ג טבת תש"פ
ירושלים

לכבוד :

ראש מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, מר חיים ויסמונסקי

באמצעות דוא"ל cyber-unit@justice.gov.il

הנדון : הפרת חובת תיעוד תוכן הביטויים אותם מבקשת מחלקת הסייבר להסיר מאתרי אינטרנט

א. רקע

בתאריך 25 באוגוסט 2019, הגישה הקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר בקשה לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע אודות הטיפול של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה (להלן: "מחלקת הסייבר") בדברי ביקורת כנגד המשטרה. במענה למכתבנו מתאריך 1 בנובמבר 2019, בו ביקשנו לקבל את תכני הפרסומים הפוגעניים לשיטתכם, השבתם כי מחלקת הסייבר אינה שומרת את הפרסומים הפוגעניים עצמם, ומשאלו הוסרו, במרבית המקרים, אין יכולת לשחזרם ולכן לא ניתן לאתרם. מענה זה אינו סביר משפטית ואינו מסתדר עם ההיגיון הבריא ומכאן פנייתנו זו אליכם, ביחד עם התנועה לחופש המידע שרואה גם היא חשיבות בתיעוד ושמירה של לשון התוכן שהמחלקה מבקשת להסיר. (בקשת המידע והמענה שהתקבל מטעמכם מצורפים לפנייה זו ומסומנים כנספח א' ו-ב').

בקליפת האגוז, מצב הדברים הקיים, העולה מתשובתכם שבו תוכן הביטויים שמחלקת הסייבר מבקשת להסיר אינו מתועד מונעת כל אפשרות לביקורת חיצונית ומעקרת מתוכן את חובות השקיפות החלות עליה בהקשר זה. זאת כמובן בין אם מדובר בבקשות להסרת תוכן מהטעם שמדובר בביקורת לא לגיטימית על שוטרים, ובין מטעמים אחרים. בשל אי התיעוד לא ניתן לדעת האם הפרקליטות פועלת באופן סביר הן בהיבט הפעלת שיקול הדעת, והן בהיבט הפרוצדורלי. כך לדוגמא, לא ניתן לדעת האם מחלקת הסייבר מבקשת הסרת תכנים החוצים את הרף הפלילי בלבד, או שמא, מבקשת גם הסרת תכנים שאינם חוצים רף זה. כמו כן, לא ניתן לדעת אילו טעויות נעשו על ידי הפרקליטות לאורך השנים, לדוגמא טעות בתרגום הפרסום, שהובילו לבקשות הסרת תכנים שהינם לגיטימיים. לאור זאת, לעמדתנו חלה על הפרקליטות חובה משפטית לתעד את תוכן הפרסומים אותם היא מבקשת להסיר. זאת במיוחד בשים לב לכך שבקשות מחלקת הסייבר להסרת תכנים פוגעות בחופש הביטוי ובחופש המידע של ציבור באופן משמעותי, פעולה שהסמכות לעשותה מוטלת בספק. זאת, שכן פגיעה בזכות לחופש הביטוי, מחייבת הסמכה מפורשת בחוק, אך לא הוצגה הסמכה שכזאת.

יובהר כבר כעת, מכתב זה אינו דן בשאלת סמכות המחלקה לפנות בבקשות להסרת תכנים למתווכים באינטרנט, שאלה שהיא כבדת משקל. מכתב זה מתמקד בשקיפות פעילות המחלקה כפי שהיא באה לידי ביטוי מהמענה שקיבלנו לבקשת חופש המידע, והטענות העולות במכתב זה נכונות לכלל הבקשות להסרת תכנים מטעם המחלקה. הכל כפי שיפורט להלן :



ב. חובת התיעוד כחלק מעיקרון השקיפות

חובת התיעוד היא חלק אינהרנטי מעקרון השקיפות, אשר נועד, בין היתר, להבטיח את תקינות פעולתו של המנהל. לפי הפסיקה, גוף המחזיק בסמכויות לפי דין נחשב כשליח הציבור, ומשכך חלות עליו חובות השליח, בין היתר החובה לתת דין וחשבון על מעשיו. כלומר, עליו לגלות לציבור את פעולותיו והנימוקים להן. לפיכך, המנהל חייב בשקיפות פעילותו והחלטותיו, אשר מאפשרת פיקוח ובקרה על התנהלותו הראויה. חובת השקיפות מתרגמת עצמה לבניית מערך כולל של גילוי ותיעוד ואף ציין כי "ללא דיווח וגילוי לא תהא שקיפות, וללא תיעוד עלולה חובת הגילוי להתרוקן מתוכן של ממש" (וראו דברי השופט חשין בבג"צ 3751/03 **אילן נ' עיריית תל אביב-יפו**).

בהקשר זה, הפסיקה הכירה בכך ש"היקפה של חובת התיעוד ותוצאותיו של היעדר תיעוד עשויות להשתנות ממקרה למקרה על פי נסיבותיו ובהתחשב, בין היתר, במהותו ובמאפייניו הספציפיים של הגוף המנהלי הנוגע בדבר" (וראו עע"מ 2418/05 **מילגרומ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה**). אולם מצב דברים בו אין כל תיעוד אינו עומד ברף המשפטי הנדרש.

נוסף לכך, הפסיקה התייחסה לשאלת סבירות חובת פעולת התיעוד. בתביעה כנגד משטרת ישראל, המשטרה טענה כי היא פועלת תחת לחץ רב וקצב אירועים גבוה אשר לא מאפשר תיעוד מושלם. בית המשפט הכריע כי "אמנם לא ניתן לצפות לתיעוד מושלם, אך בוודאי ניתן לצפות לתיעוד סביר בנסיבות העניין [...] הנתבעת אינה יכולה להימנע מלספק הסבר לאירוע מסוים בטענה שלא היה ניתן לתעד את אותו אירוע ולו בדיעבד" (וראו ת"א 6637-09-14 **גליק נ' מדינת ישראל- משטרת ישראל**).

ג. היקף חובת התיעוד של התוכן שמחלקת הסייבר מבקשת להסיר

ידוע לנו כי מחלקת הסייבר מפרסמת דוחות שנתיים, ואנו כמובן מברכים על כך. לפי דו"ח סיכום שנת 2016 של מחלקת הסייבר, בקשות המחלקה להסרת תכנים הנן חלק מגישה כוללת של מעבר ל"אכיפה אלטרנטיבית". מטרת אכיפה זו היא לפעול לצמצום הנזק בדרך של טיפול בפרסום ולא במפרסם, מקום שהטיפול הפלילי הקלאסי, כדוגמת הגשת כתב אישום, אינו אפשרי. כלומר, מחלקת הסייבר, הפועלת מטעם המדינה, נוקטת במגוון פעולות שנועדו להחליף את ההליך הפלילי.

ככל שהיה נפתח הליך פלילי כנגד המפרסם, כפי שהיה נהוג בכל הנוגע לעבירות פליליות המגבילות חופש ביטוי, הוא היה מתנהל ככל הליך משפטי. הליך כזה היה מתנהל בפומבי, רק במקרים בהם לעמדת המדינה הביטוי מהווה עבירה פלילית, בפני גורם שיפוטי אשר בוחן את עמדת המדינה, ובסופו של דבר מכריע ומפרסם פסק דינו היה מנומק הידוע לכל. הליך משפטי כזה, על כל מאפייניו מאפשר את מימוש השקיפות וקיום ביקורת ודיון ציבורי על פעילות הפרקליטות בכל הנוגע לביטויים במרחב הסייבר, ועל מידת המעורבות של המדינה בשיח במרחב הסייבר.

הבחירה לפעול באכיפה אלטרנטיבית ולהימנע מהליך משפטי כפי שהיה מקובל עד כה, הגם שניתן להצדיקה בהיבטים מסוימים, טומנת בחובה סכנה לשקיפות המתאפשרת מקיום הליך משפטי ואינה מאפשרת ביקורת חיצונית על הפעלת שיקול דעת זה. על כן, לטענתנו, התיעוד, המביא לידי ביטוי את יסוד הפומביות



והשקיפות, מהווה חלק מהותי מהליך מנהלי תקין בהקשר זה. זאת ודאי ככל שגישת ה"אכיפה האלטרנטיבית" היא אפיק הפעולה העיקרי של הפרקליטות בכל הנוגע לעבירות ביטוי במרחב הסייבר. מעבר לכך, דומה כי תיעוד המידע נחוץ אף עבור מחלקת הסייבר עצמה, על מנת שתוכל לערוך ביקורת עצמית על אופן פעילותה, השוונות בין הפרקליטים העובדים בה, ועל שינויי מדיניות החלים בה עם חלוף הזמן.

היעדר תיעוד והפגיעה בזכות לחופש הביטוי, חופש המידע ולהליך הוגן

כאמור, בקשות מחלקת הסייבר להסרת פרסומים עוסקות הלכה למעשה בהיקף הזכות לחופש הביטוי, שהנה זכות במעמד חוקתי על-חוקי, והפגיעה בה מקרינה על חוקיות ההליך כולו. היעדר התיעוד מונע בחינה של סבירות החלטות מחלקת הסייבר בבואה להסיר פרסומים אינטרנטיים. כלומר, המצב הנוכחי לא מאפשר למשתמשי הרשת לבוא בדין ודברים למול הרשות, ולפיכך מציב סכנה לצנזורה רחבה אשר תפגע באופן משמעותי בזכות לחופש הביטוי ובהליך ההוגן. סכנה זו מחריפה לנוכח העובדה שלמיטב ידיעתנו הפעולות נעשות ללא הודעה לאדם אשר פרסומו נמחק, וללא גוף חיצוני ניטרלי המבקר את פעולות המחלקה.

אמנם בתשובתכם, ציינתם אף כי "מופעל סינון קפדני" בכל הנוגע לבקשות הסרת התוכן. לעמדתנו, סינון מעין זה, וכאמור אין אנו מתייחסים במכתב זה לשאלת הסמכות לערוך אותו, מחייב שיהיה לכל הפחות נוהל עבודה פנימי או פרוטוקול, אשר לפיו מחליטים האם תוכן מסוים הינו פוגעני או לא, ובהתאם פונים לפלטפורמה האינטרנטית להסרתו. ההחלטה להסיר תוכן מסוים כוללת הליך של איזון, שבסופו הזכות להגן על זכויותיו של השוטר או ההגנה על אינטרס ציבורי גוברת על הזכות לחופש הביטוי של המפרסם. משלא פורסם ההליך המפרט את הבניית שיקול הדעת של מחלקת הסייבר בבואה לבקש להסיר פרסום מסוים, ולא נותר תיעוד אודות תוכן הפרסום, כיצד יכול המפרסם לממש את זכותו להליך הוגן ולחופש הביטוי אל מול בקשות הסרת תכנים? אף הזכות של הציבור להיחשף למידע שפורסם נפגעת, וללא תיעוד, לא ניתן מענה לאינטרס הציבורי לפקח על פעילותה של מחלקת הסייבר. נוסף כי תיעוד התוכן שמחלקת הסייבר מבקשת להסיר עשוי לעזור לציבור לבחון את צעדיו ולהתנהג בהתאם למקובל, שעה שהוא מתבטא ברשת. בכך, התיעוד יכול לתרום במיגור תופעת הפרסומים הפוגעניים.

עוד יצוין כי פרסום נהלי העבודה שיפורסמו לציבור כשלעצמם יגיברו את השקיפות של מחלקת הסייבר, ויאפשרו לאדם שתוכן הביטוי שלו נמחק לבחון את סבירות ההחלטה ביתר קלות. אולם אין הם מייתרים את הצורך בתיעוד התוכן הגולמי שמתבקש להסיר.

החובה לשאת בנטל הנדרש על מנת להשלים את התיעוד

בתשובתכם למכתבנו, ציינתם כי במרבית המקרים אין יכולת לשחזר פרסומים שהוסרו. להבנתנו מצב זה, נוצר עקב היעדר תיעוד לכתחילה, וכי תיעוד המידע לכתחילה ייתר את הצורך לשחזר את הפרסומים שהוסרו על מנת להגשים את זכות העיון הציבורית. נציין כי בפסיקה הדנה בסעיף 18(1) לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 (להלן – חוק חופש המידע), שעניינו הקצאת משאבים בלתי סבירה לצורך אספקת מידע, בית המשפט הכיר בחשיבות העמדת מידע לעיון הציבור. כך, "בית המשפט לא מוכן לקבל טיעון לפיו בעיות של מוגבלות טכנולוגית מונעות תצוגה של רישום מסוים ובכך מונעות מן הציבור את אותו מידע". הפסיקה מציינת כי המדינה פועלת ללא לאות להנגשת מרשמים ציבוריים שמטרתם לשפר את יכולתו של הציבור



לפעול ולכלכל את צעדיו, ולפיכך יש למצוא פתרון לקושי הלוגיסטי ברישום או בתיעוד. בית המשפט מדגיש כי פתרון זה אינו יכול להיות הימנעות מרישום בעל ערך מהותי לציבור (וראו בע"ק (ת"א) 3383-02-12 גרונדשטיין נ' מדינת ישראל רשם החברות).

יתרה מכך, הרי המידע המדובר מצוי ברשת ולכן סביר כי מחלקת הסייבר לא תצטרך להעמיד משאבים רבים לשם תיעודו. לפיכך, ניתן להקיש כי זכות העיון הציבורית עולה על הקושי המנהלי לתעד ולשמר את המידע.

בהקשר ישיר, נזכיר כי הפסיקה הכירה בכך שמימוש זכות העיון הציבורית כרוך בעלויות מסוימות. לפיכך, שיקולי נוחות מנהלית לא יכולים להצדיק את דחיית הבקשה למידע שהוגשה כחלק מזכות העיון הציבורית. בנוסף, בית המשפט מכיר בכך ש"מהפכת המחשוב תביא את הרשויות לאחסון מידע גם בצורה שלילפה ונגישה, באופן שיטתי, העשוי אף להקטין את הצורך בהקצאת משאבים בעתיד. אכן, ראוי כי הרשות המנהלית תעשה כן תוך שימוש בטכנולוגיות מחשוב לאחסון מידע כך שניתן יהיה לאתר בקלות ולהעמידו לעיון הציבורי". כלומר, ניכר כי קיימת ציפייה מצד בית המשפט שרשויות מנהליות יעשו שימוש בטכנולוגיה העומדת לרשותם בכדי להנגיש את המידע לציבור. טיעון זה אף מתחזק לאור העובדה שהמידע הרלוונטי לסוגיה הנדונה מצוי ברשת, דבר המקל על תיעודו. לפיכך, כאמור, שימור לכתחילה של תכני הפרסומים הפוגעניים מהווה צעד הכרחי שיש בכוחו להגשים את זכות העיון הציבורית (וראו עע"מ 2398/08 מדינת ישראל- משרד המשפטים נ' סגל). עוד ראו עת"מ (מינהליים י-ם) 900/07 קרן דולב לצדק רפואי נ' נציבת הקבילות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי (2.11.2008), בה נקבע כי היכן שעבודתה התקנה של הרשות הציבורית מחייבת את קיום המידע במתכונת המבוקשת בבקשת חופש מידע, והמידע אמור באופן סביר להימצא בידיה, לא ניתן לפטור את הרשות מלהתיר את העיון במידע בטענה שהמידע איננו מצוי אצלה במתכונת המבוקשת או שהדבר מצריך משאבים בלתי סבירים.

נזכיר כי בית המשפט רואה ערך בעיבוד המידע, אף אם הדבר דורש השקעת משאבים משמעותית, במידה והמידע המבוקש יכול להיות רלוונטי לבקשות דומות למידע בעתיד (וראו עע"מ 2398/08 מדינת ישראל- משרד המשפטים נ' סגל). ככל הידוע לנו, עד כה פנו מספר גופים למחלקת הסייבר בכדי לקבל מידע על תוכן הפרסומים הפוגעניים, אך כולם נענו בשלילה. לטענתנו, תיעוד המידע רלוונטי לבקשות שהגיעו עד כה למחלקה ושיגיעו בעתיד, ולפיכך מוצדק להקצות משאבים לשם כך.

היקף פעולת התיעוד

לאור הפסיקה בנושא כפי שהוצגה לעיל, על אף בקשות הסרת התכנים הרבות, דומה כי ניתן במאמץ קטן במקביל לשליחת התוכן המבוקש להסרה למתווכי התוכן באינטרנט, לתעד באופן אוטומטי את התוכן שהמדינה מבקשת להסירו גם בידי הרשות עצמה. אם כן, אי התיעוד בעיננו מהווה פעולה שהינה מחוץ למתחם הסבירות. בהקשר זה, יצוין כי נוהל המשטרה העוסק ב"טיפול בפרסום פוגעני נגד שוטרים ברשת" כולל פורמט בקשה להסרת תוכן פוגעני מהרשת. כחלק מהפורמט, שוטר שמרגיש פגוע מפרסום מסוים נדרש לתאר בתמצית את הפרסום הפוגעני, להסביר מדוע הוא נחשב כפוגעני ואף לצרף צילומי מסך של הפרסום. על פי הנוהל, פורמט הבקשה יועבר למחלקת הסייבר במשרד המשפטים לאחר אישור ראש תחום אלימות



נגד שוטרים ברשת. בהיתן שהמשטרה ומחלקת הסייבר פועלות לפי נוהל זה, המידע אמור להימצא ברשות האחרונה ממילא, עובדה המקלה אף היא את פעולת התייעוד.

דוחות השקיפות שמפרסמת מחלקת הסייבר ובהם פירוט פעולותיה

לשון סעיף 5 לחוק חופש המידע קובע כי רשות ציבורית צריכה לפרסם דו"ח שנתי, ובו פירוט על פעילותה והסבר על תפקידיה וסמכויותיה. אמנם, מחלקת הסייבר משקפת את פעולותיה בדו"חות וזהו מהלך חיוני וחיובי. אולם, לטענתנו, פרשנות סבירה של הסעיף מעלה כי לשונו כוללת בתוכה חובה משתמעת לפרסם פירוט של תוכן הפרסומים שהמחלקה מבקשת להסיר, לפחות דוגמאות לתוכן כזה, וכמובן מבלי לפגוע בזכויות צדדים אחרים, כגון הזכות לפרטיות. מידע כזה לא מופיע בדו"חות. הדו"חות המפורסמים כוללים נתונים מספריים, אשר מצביעים על מגמה הולכת וגדלה של פעילות מחלקת הסייבר, אך אינם מאפשרים לבחון את פעולות המחלקה כראוי. לדוגמא, נתונים אלו אינם מספקים מידע באשר לשיקוליה של מחלקת הסייבר בבחינת השאלה האם לבקש להסיר פרסום מסוים, ולמאפיינים נוספים של ההליך. מהדוחות אף לא ניתן להסיק האם הפרקליטות מבקשת הסרת תוכן אשר לעמדתה חוצה את הרף הפלילי, או לא בהכרח. בנוסף דוחות אלה אינם מאפשרים בחינה ציבורית של השיקולים של מתווכי התוכן בעת קבלת החלטה בבקשת הפרקליטות. לאור העובדה שמדובר בתופעה רחבה, אשר כמשתקף מהדוחות שהמחלקה מפרסמת אף ההולכת וגדלה, חובת השקיפות והתייעוד החלה על המחלקה הינה מוגברת. זאת, בכדי שניתן יהיה לבחון את פעולתה בצורה אפקטיבית, על כן ראוי כי דוגמאות שכאלה יכללו בדוחות השקיפות הקיימים.

ד. סיכום

לאור כל האמור לעיל, לעמדתנו על המחלקה קמה חובה משפטית לתעד את התכנים שהיא מבקשת להסיר. על כן, נבקש מכם לתעד את כלל התכנים הללו מעתה והילך, על מנת שלכל הפחות בבקשות חופש מידע עתידיות שיוגשו, על ידנו או על ידי ארגונים אחרים, ניתן יהיה לבחון את הבקשות לאור הוראות חוק חופש המידע, ולמסור את המידע שניתן לפי הדין. הכל בכדי לשמור על הזכות להליך הוגן, על חופש הביטוי ועל חובת השקיפות המוטלת עליכם כגוף ציבורי.

בברכה,

עו"ד דנה יפה

** הפניה נכתבה בסיוע הסטודנטיות חן אסף וטל אייל מהקליניקה לזכויות אדם במרכז הסייבר באוניברסיטה העברית.

העתק

היועץ המשפטי לממשלה

פרקליט המדינה