

כ"ה באלול התשפ"א

2 בספטמבר, 2021

לכבוד

צוות הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט

מחלקת ייעוץ וחקיקה

משרד המשפטים

באמצעות דוא"ל: [Zchuyot-Bamishpat@justice.gov.il](mailto:Zchuyot-Bamishpat@justice.gov.il)

שלום וברכה,

### הנדון: התייחסות לקול הקורא בנושא הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט

איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר) ("איגוד האינטרנט")<sup>1</sup>, מתכבד להגיש את התייחסותו לקול הקורא שפרסם משרד המשפטים בנושא "הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט" ("הקול הקורא" או "חוק היסוד המוצע").

איגוד האינטרנט מברך על יוזמת שר המשפטים להשלים את מפעל חוקי היסוד וההגנה על זכויות האדם בישראל, ובפרט בתחום הרגיש של ההליך השיפוטי והממשקים שבין הפרט לבין רשויות אכיפת החוק המפעילות סמכויות שלטוניות רחבים.

התייחסות זה אינה מבקשת למצות את הנושאים וההסדרים השונים אותם ראוי לכלול בחוק-היסוד המוצע, אלא להדגיש את ההיבטים הרלוונטיים לתחום פעילותו ומומחיותו של איגוד האינטרנט הישראלי, בשני תחומים מרכזיים: (א) התמודדות עם הלקונות החוקתיות הקיימות כיום בנוגע לזכות להליך הוגן (וזכויות יסוד נוספות) במסגרת חדירות לחומרי מחשב ונתונים דיגיטליים; (ב) התמודדות עם כוחם ההולך והגובר של פלטפורמות מקוונות מסחריות הפועלות דה-פקטו כרשות שופטת מול הציבור והצורך להגן על זכויותיו להליך הוגן גם בזירה זו.

#### א. הצורך בהגנה חוקתית מפורשת על זכויות אזרח והליך הוגן מול פעולות חקירה דיגיטליות

בעוד טכנולוגיות המחשבים וכלי החקירה שלהם מתפתחים בקצב מעריכי – החקיקה המרכיבה את דיני המחשבים והסדרי החיפוש והחקירה שלהם בישראל נשארה מאחור. כפי שציין כבר לפני כמעט כעשור ד"ר חיים ויסמונסקי (המכהן כיום כראש מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה): חוק המחשבים הישראלי, שעוצב עוד לפני פריצת האינטרנט המסחרי לחיינו (לא כל שכן, טרם תופעת הרשתות החברתיות ואפקליקציות המסרים), מהווה מסגרת משפטית מיושנת לטיפול בעבירות מחשב, הגורמת לתופעות קשות של אי התאמת החוק לקצב ההתפתחות העצום של טכנולוגיות מידע.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> איגוד האינטרנט הישראלי הוא עמותה בלתי תלויה וללא כוונת רווח, המנהלת שתי תשתיות אינטרנט חיוניות בישראל – מרשם שמות המתחם המדינתי (.il) והפצת המידע על אודותיו ל-DNS, ומחלף האינטרנט הפנים-מדינתי (IX). האיגוד הוכרז בשנת 2018 כמפעיל "מערכת ממוחשבת חיונית" על פי חוק הסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998 והוא מונחה על ידי מערך הסייבר הלאומי לענייני הגנת הסייבר של מערכת זו. במקביל לפעולתו התשתיתית, פועל האיגוד לקידום ושמירה על עקרונות דמוקרטיים בפעולתו של האינטרנט כתשתית טכנולוגית, מחקרית, חינוכית, תרבותית ועסקית בישראל. למידע נוסף, ראו <https://www.isoc.org.il>.

<sup>2</sup> חיים ויסמונסקי "על תיקון סעיף 6 לחוק המחשבים", Law.co.il (17.7.2012). זמין בקישור: <https://www.law.co.il/articles/2012/07/28/amendments-to-the-israeli-computer-law>

**בכל הנוגע לסוגיות בהם יעסוק חוק-היסוד המוצע, עיקר הבעייתיות של המצב המשפטי הקיים בנוגע לממשקים שבין הפרט למערכת אכיפת החוק בקשר נוגע להיעדרן של הגנות חקיקתיות או חוקתיות בכל הקשר לתפיסה, חדירה וחיפוש במחשבים ובחומר מחשב (לרבות טלפונים ניידים מכשירים חכמים אחרים ותקשורת ביניהם).**

פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 ("פקודת סדר הדין הפלילי") מסדירה היבטים שונים של חקירת עבירות פליליות, לרבות מעצרים, חיפוש, תפיסה וחילוט. בשנת 1995, במקביל לחקיקת חוק המחשבים, עודכנה פקודת סדר הדין הפלילי על מנת להסדיר את האופן שבו רשויות החקירה רשאיות לבצע חדירה לחומר מחשב, בדומה לאופן בו מוסדרת יכולתן לבצע חיפוש במקומות פיזיים.

עם זאת, הוראות פקודת סדר הדין הפלילי בעניין זה מנוסחות באופן לקוני, ללא התייחסות לאתגרים הקשים והייחודיים של חיפוש בחומר מחשב בעידן הרשת והמידע: סעיף 23א(א) קובע כי "חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור". סעיף 23ב(ב) מגדיר באופן לקוני למדי את התנאים לביצוע חדירה לחומר מחשב מצד רשויות החקירה, אשר תעשה על פי צו שיפוטי המפרט את מטרות החיפוש ותנאיו "שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש".<sup>3</sup>

**העובדה כי הוראותיה של פקודת סדר הדין הפלילי, לעניין חדירה וחיפוש בחומרי מחשב, עודכנו בפעם האחרונה בשנת 2005 מעוררת קשיים בלתי-מבוטלים, במיוחד בשים לב להיקפי השימוש הגוברים בבקשה (ומתן) של צווי חדירה לחומר מחשב וגם כאשר החקירה אינה עוסקת כלל בפשיעת סייבר (למשל, בקשת תפיסה או חדירה של טלפונים חכמים על מנת לבדוק נתוני מיקום ותוכן התכתבויות מקוונות במסגרת חקירה של עבירות קלות).<sup>4</sup> למעשה, בית המשפט העליון הכיר לא אחת בפוגענות הייחודית של חיפוש וחקירה בחומרי מחשב ובטלפונים חכמים בפרט. ראו למשל דבריו של כב' השופט עמית בעניין דביר עוד בשנת 2015:**

*ידומה כי לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידיא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזכרונות משמעותיים מחייו של אדם, לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו היומיומי... הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי...<sup>5</sup>*

<sup>3</sup> בצד הוראות אלו, קיימת עמימות ביחס לשאלה האם גורמי חקירה רשאים לבצע חיפוש בחומרי מחשב על בסיס הסכמה מדעת של הנחשב, אף אם לא ניתן צו חדירה לחומר מחשב. לעמדת פרקליטות המדינה, גם על חיפוש בחומר מחשב חלים אותם עקרונות של חיפוש על גופו ובכליו של אדם, אשר ניתן להיעשות בהינתן הסכמה מדעת. ראו: הנחיית פרקליט המדינה מסי' 7.14 (24.3.2021) ("יכול להתבצע חיפוש בחומרי מחשב על בסיס הסכמה מדעת של הנחפש, אף אם לא ניתן צו חדירה לחומר מחשב"). זמין בקישור: <https://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/7.14.pdf>. לעמדה הנגדית, לפיה ביצוע חיפוש בחומר מחשב על בסיס הסכמה של נחקר ובהיעדר צו שיפוטי היא עמדה המנוגדת לחוק, לפיו על רשויות החקירה להצטייד בצו שיפוטי לצורך חדירה לחומר מחשב, ראו: הסנגוריה הציבורית "חיפוש בחומר מחשב על בסיס הסכמת הנחקר וללא צו שיפוטי – מיצוי הליכים לפני עתירה" (21.2.2021). זמין בקישור: <https://www.gov.il/he/departments/news/mobile-phone-search-21-02-2021>

<sup>4</sup> בשנת 2019 התבקשו וניתנו כ-24,000 צווי חיפוש במכשירי טלפון נייד, כאשר באותה שנה נפתחו בסך הכל כ-301,000 תיקי חקירה; ובמקרים רבים נוספים התקיימו חיפושים על בסיס הסכמת הנחקר, וללא צו מתאים. ראו: בשי"פ 5105/20 שמעון נ' מדינת ישראל, פסקה 24 לפסק דינו של השופט אלרון (25.5.2021).

<sup>5</sup> ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (14.7.2015).

בעניין פישר משנת 2017 :

ימאפיין נוסף של חומר מחשב, לרבות הטלפון הנייד, הוא שניתן לדלות ממנו חומרים אובייקטיביים מזמן אמת... מדובר בחומר רב שדרכו ניתן ללמוד גם על "סיפור חייו" של המשתמש. למעשה לא מדובר רק בסיפור חיים המשורטט בקווים כלליים, אלא בפרטי הפרטים של חיי היומיום של האדם – מקומו בבוקר ועד לכתו לישון דרך המקומות בהם שהה, האנשים עימם שוחח ותכני השיחה ("סוד השיח"), רעיונות, הגיגים, תחביבים, חברים, ידידים, מידע אינטימי ומידע עסקי, תחומי עניין וסקרנות (האתרים אליהם גולש המשתמש) ועוד... היסטוריית הגלישה יכולה לספר לא רק על תחומי העניין של המשתמש אלא גם על הנעשה במוחו. המשתמש עצמו אינו מודע לעיתים לכך שהמחשב או הטלפון הנייד משרטטים את סיפור חייו. כך, לדוגמה, הטלפון הנייד יכול לספר לנו היכן היה המשתמש בכל עת, בבחינת "האח הגדול" העוקב אחר תנועותיו...<sup>6</sup>

וראו גם קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין אוריך הראשון משנת 2019 :

יהמידע הרב הנאגר במחשבים האישיים ובמכשירי הטלפון הניידים חושף את בעליהם לפגיעה חמורה בפרטיותם כשמכשירים מגיע לידיו של אדם אחר. לא אחת מכשירי הטלפון הניידים כוללים תיעוד מדויק של המקומות שבהם שהה בעל המכשיר, התכתבויות אישיות ואינטימיות, ומידע על חבריו ועל טיב הקשר עימם, לצד מידע עסקי רגיש... השימוש הרווח במכשירי הטלפון הנייד כאמצעי גישה לאינטרנט (מרשתת) פותח צוהר נוסף לעיון בנסתרות ליבו של בעל המכשיר, בעמדותיו הפוליטיות, בתחביביו ובתוכניותיו לעתיד...<sup>7</sup>

כמו גם קביעותיהם של כב' השופטים אלרון וברון בעניין אוריך השני שניתן בשנת 2021 :

"חדירה למחשב או למכשיר הטלפון הנייד החכם של אדם עלולה אפוא לחשוף את נבכי אישיותו ואת פרטי חייו שנשמרים בצנעה ואינם אמורים להיות נגישים לאנשים אחרים... החיפוש במחשבו ובמכשירי הטלפון הנייד החכם שברשותו עשוי לחשוף מידע כמעט אינסופי באשר למעשיו ומחשבותיו על פני תקופה ממושכת. המידע נאגר ונצבר במחשבו מבלי משים, ואף לאחר מחיקת פריט מידע זה או אחר הוא עלול, במקרים מסוימים, להיות זמין ונגיש במסגרת החיפוש. יתירה מזו, החיפוש במחשב ובמכשיר הטלפון חוצה אף מעבר לפגיעה בזכותו האישית לפרטיות של בעליו או של המחזיק בו, וכרוך לרוב גם בפגיעה ניכרת בפרטיותם של צדדים שלישיים"<sup>8</sup>.

ימכשירי הטלפון החכמים אוצרים יותר ויותר מידע אישי ופרטי. לא רק תמונות, הודעות דואר אלקטרוני, יומן אישי, מידע רפואי, היסטורית גלישה באינטרנט וכיוצ"ב; אלא גם מידע שנאסף על ידי מפעילי היישומונים השונים, כדוגמת מיקומים גאוגרפיים,

<sup>6</sup> בשי"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר (27.8.2017)

<sup>7</sup> בשי"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל (25.12.2019)

<sup>8</sup> פסקאות 25-26 לפסק דינו של השופט אלרון בבשי"פ 1758/20 אוריך נ' מדינת ישראל (26.1.2021)

*העדפות קניה, הרגלי צפייה וכן הלאה. הטלפון הנייד הפך זה מכבר לעולם ומלואו המוחזק בכף היד – ומכאן החשש הכבד מפני חדירה לפרטיות כתוצאה מחיפוש בו".<sup>9</sup>*

**ואולם, למרות שבבתי המשפט התגבשה זה מכבר ההכרה בהיקפי הפגיעה העצומים של סמכויות רשויות המדינה לתפוס ולחדור לחומרי מחשב וטלפונים ניידים בפרט, החקיקה הרלוונטית נותרה מאחור. כתוצאה מהיעדרם של הסדרים חקיקתיים או חוקתיים להתמודדות עם האתגרים החוקתיים הייחודיים שמתעוררים כתוצאה מהיקף המידע האישי והרגיש שיכולות כיום להפיק רשויות החקירה מחדירה וחיפוש במכשירים דיגיטליים אישיים. זאת, למשל, בשים לב לכך שחוק סדר הדין הפלילי "שותק" בכל הנוגע לסוגיות יסודיות, כגון: מה הם התנאים למתן צווי חיפוש בחומר מחשב והאופן בו יש לצמצם את הפגיעה? האם יש לנפגע אפשרות להשמיע את טענותיו לעניין הפגיעה הכרוכה בחדירה וחיפוש במחשבו (במעמד הוצאת הצו או באמצעות ערעור על צו ניתן)?<sup>10</sup> האם רשאיות רשויות החקירה לחדור ולחפש בחומר מחשב רק על בסיס הסכמה של בעל המכשיר הנחדר או האם ניתן להשתמש בכוח כדי לקבל גישה לחומר מחשב (למשל – פתיחת טלפון חכם באמצעות טביעת אצבע או סריקת פנים)?**

**היעדרה של מסגרת חקיקתית להתוויית שיקול הדעת של גורמי החקירה והשפיטה בכל הנוגע לתפיסה, חדירה או חיפוש בחומר מחשב – בשיאו של עידן הרשת והמידע – פוגעת באופן ניכר גם באינטרס הציבורי לחקירה יעילה של פשעים או מניעתם; אך בראש ובראשונה – בזכויות היסוד לפרטיות, הליך הוגן, כבוד וקניין של כלל תושבי ישראל - כנחקרים פוטנציאליים.**

על כן, אנו סבורים כי דרך המלך ליצירת הגנה ראויה על הזכויות לכבוד האדם, לפרטיות ולהליך הוגן מפני פעולות חדירה וחקירה במחשבים ובחומרי מחשב היא במישור התת-חוקתי, כלומר, תיקון פקודת סדר הדין הפלילי כך שייקבעו בה הסדרים מהותיים ופרוצדורליים להבטחת הנחיצות והמידתיות של חיפושים במחשבים ומכשירים חכמים.

**עם זאת, אנו סבורים כי טיפול בבעיותיו של המצב המשפטי הקיים בכל הנוגע להבטחת הליך הוגן וזכויות חוקתיות נוספות אל מול פעילויות חקירה בעולמות המחשבים והמידע האישי מחייב גם מענה ברמה החוקתית: העובדה כי הזכות להליך הוגן לא זכתה למעמד מוגן מפורש בחוקי היסוד מספקת לה הגנה חלשה ומוגבלת באופן יחסי; כך שההדרכה הנורמטיבית שהיא מספקת לבתי המשפט (כמו גם לרשויות החקירה) היא עמומה. על כן, עוד בטרם יעשה עדכון יסודי של חוק סדר הדין הפלילי בעניין זה, אנו קוראים למשרד המשפטים לעגן מפורשות את הזכות להליך הוגן בחוק היסוד המוצע, יחד עם דגשים ייעודיים לזירת הסייבר והדיגיטל, כזירה בה היקף ועצמת הפגיעה בזכויות חוקתיות הן חמורות במיוחד.**

<sup>9</sup> פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ברון בעניין אוריך השני, שם.

<sup>10</sup> עניין שמעון, לעיל הי"ש 4 (דיון ומחלוקת שיפוטית בשאלה האם יש לדון בבקשה למתן צו חיפוש בחומר מחשב במעמד שני הצדדים או לאפשר הליך ערעור על החלטה ליתן צו כאמור, טרם ביצועו).

## ב. חשיבותו של חוק-היסוד המוצע כמענה ליחסי הכוחות של הציבור הישראלי אל מול פלטפורמות מקוונות כזירה למימוש של זכויות יסוד ואינטרסים מוגנים

התפיסה המסורתית של זכויות חוקתיות בחברה דמוקרטית, לפיה האיום על חירויות הפרט מגיע מצד המדינה ורשויותיה (כבעלת מונופול על קביעת הנורמות החברתיות ועל הפעלת הכוח הנחוצה לשם אכיפתן), מאתגרת בעידן הרשת המידע. בהתאמה, העמדה הקלאסית-שמרנית בתחום המשפט החוקתי היא שחקיקת חוק-יסוד המעגן את הזכות להליך הוגן או זכויות נוספות להגנה על זכויות הפרט בהליכים שיפוטיים מחייב רק את מערכת המשפט המדינתית, ככל שאין הוראה במישור התת-חוקתי המחייבת פרטים לכבד זכויות יסוד של אחרים.<sup>11</sup>

עם זאת, הגישה המשפטית העכשווית, שאומצה גם בשיטת המשפט הישראלי, מכירה בכך כי הסכנה לזכויות האדם ורווחת הפרט אינה קיימת רק מכיוון השלטון, אלא יש להכיר בכך שקיימת סכנה ממשית לזכויות האדם מכיוונים של גופים פרטיים-מסחריים בעלי עוצמה מיוחדת, אשר סכנת הפגיעה שלהם ברווחת הפרט וחירותו אף עולה על זו של השלטון.<sup>12</sup>

באופן ספציפי יותר, בשנים האחרונות התגבשה בספרות ובחיי המעשה הכרה בכך שפלטפורמות מקוונות דומיננטיות כגון Google, Facebook או Amazon – למרות היותם גורמים פרטיים לא-מדינתיים – הן אלו המעצבות ואוכפות את הנורמות שמשפיעות על זכויות יסוד ואינטרסים כלכליים של פרטים. למשל, בנוגע לזכות לחופש ביטוי והשתתפות בהליך הדמוקרטי, הספרות רואה במנועי חיפוש ורשתות חברתיות כבעלות תפקיד יסודי בהגשמת זכויות אלו (הזכות להפיץ מידע והזכות להיחשף למידע בעל ערך דמוקרטי).<sup>13</sup> כך גם, בנוגע לזכות הקניין והעיסוק, כאשר הספרות המשפטית מזהה את פלטפורמות המסחר המקוון כריבון שמעצב ואוכף את התנאים שבמסגרתם מתקיים מסחר כלכלי, תוך פגיעה באינטרסים כלכליים של פרטים אחרים ושל הציבור בכלל.<sup>14</sup>

מאפיין נוסף של הפלטפורמות מקוונות כמקור העיקרי לפגיעה בחירויות הפרט, הוא מידת התלות ההולכת וגוברת של אנשים ושל עסקים בהן, כזירות האפקטיביות היחידות לפעילות ביטוי ו/או לפעילות כלכלית. כלומר, לא ניתן עוד להתייחס ל"כללי הקהילה" של פלטפורמות ולהפרתם רק כחוויה רצונית, אלא יש להכיר בפערי הכוחות המשמעותיים שבין אנשים פרטיים ועסקים קטנים לבין הפלטפורמות הדומיננטיות, המחייבים את המדינה להבטיח מידה ראויה של הגינות מצדן כלפי הפרטים התלויים בהם.

<sup>11</sup> למשל, חוק איסור לשון הרע קובע ברמה התת-חוקתית חובות על פרטים לכבד את הזכות של פרטים אחרים לשם טוב וחוק הגנת הפרטיות ותקנותיו מחייב פרטים (בעיקר חברות) לכבד את הזכות לפרטיות של פרטים אחרים.

<sup>12</sup> ראו למשל: אהרון ברק פרשנות במשפט 655 (כרך ג', 1994).

<sup>13</sup> Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARVARD LAW REVIEW (2018); Gregory P. Magarian, *Forward into the Past: Speech Intermediaries in the Television and Internet Ages*, 71 OKLA. L. REV. 237, 238 (2018); Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, 117 MICH. L. REV (2018).

<sup>14</sup> Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE LAW JOURNAL (2017).

באופן כללי יותר, תפקידן ההולך וגובר של פלטפורמות מקוונות בחיי החברה והכלכלה מצמיחה להן אפשרויות חסרות תקדים לעצב ולהקצות את זכויות המשתמשים ותוך כך את יכולתם לממש זכויות יסוד ואינטרסים חברתיים. זאת, בפרט כאשר מהלך עיצוב הנורמות על ידי גופים פרטיים אלה, והליכי האכיפה שהם מפעילים כלפי המשתמשים נעשים לרוב בלא אחריותיות, שקיפות, הנמקה וערוצי השגה ראויים על החלטותיהם.<sup>15</sup>

מתוך ההכרה בכך שזכויות היסוד של הפרט ורווחתו מושפעות במידה גוברת והולכת מהחלטות והליכים "שיפוטיים" של גופים פרטיים-מסחריים כגון פלטפורמות מקוונות בהן הוא תלוי, התגבשה ההכרה בכך שיש להבטיח את זכותו להליך הוגן גם במישור זה. למשל, לא אחת הועלו בספרות ובבתי המשפט טענות הקוראות לראות בפלטפורמות דומיננטיות, כגון Facebook או Google כבעלות מאפיינים ציבוריים המצדיקים להחיל עליהן חלות חובות יסודיות מתחום המשפט הציבורי, לרבות חובה לקיים הליך הוגן, באמצעות מתן זכות שימוע והחלטה ללא משוא פנים.<sup>16</sup> עם זאת, הקריאה להתייחס לפלטפורמות מקוונות כגופים דו-מהותיים או כנאמנים (fiduciaries) זכתה לביקורת נרחבת בספרות המשפטית העכשווית,<sup>17</sup> וגם הפסיקה הישראלית נמנעת מהכרעה זו ובוחנת את הטענות של פרטים להליכי אכיפה בלתי-הוגנים מצד הפלטפורמות במערכת יחסים בין פרטים, עליה חלים דיני המשפט הפרטי, ובראשם דיני החוזים.<sup>18</sup>

על כן, גם בהנחה שלחוק-היסוד המוצע בעניין זכויות במשפט או עיגון של הזכות החוקתית להליך הוגן אין תחולה ישירה על גורמים פרטיים, אנו סבורים כי עיגון מפורש של הזכות להליך הוגן במסגרתו היא מהלך הכרחי להבטחת חירותו ורווחתו של הפרט גם בהליכים השיפוטיים-פרטיים אותן מעצבות ומנהלות ענקיות האינטרנט המסחריות. זאת, משני טעמים משלימים:

ברמה הפוזיטיבית, חוקי היסוד במדינת ישראל מהווים מקור פרשני מחייב של כלל החקיקה, לרבות דיני המשפט הפרטי כגון דיני החוזים או דיני הצרכנות ומושגי ומונחי השסתום הקבועים בהם (כגון החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת). כלומר, עיקרון יסוד של המשפט הישראלי הוא ש-*יעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם*.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> נועה מור "רשתות חברתיות מקוונות כזיקות לעיצוב זכויות והקצאתן – לקראת החלתן של חובות מן המשפט הציבורי" דין **דברים יד** 130 (2020).

<sup>16</sup> ראו למשל: Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 U.C. DAVIS Law Review (2016); Jack M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 U.C. DAVIS Law Review (2018); בזירה הישראלית, ראו למשל: מור, שם.

<sup>17</sup> ראו למשל: Lina M. Khan & David Pozen, *A Skeptical View of Information Fiduciaries*, 133 HARVARD LAW REVIEW (2019)

<sup>18</sup> ראו למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 50870-05-15 לנ' **Facebook Inc** (2017) (דחיית הטענה כי יש להכיר ברשת החברתית כגוף דו-מהותי, אך מתן סעד של החזרת המועד שנסגר על בסיס הוראות דיני החוזים, תוך יישום מחמיר שלהם בגין העובדה ש-"פייסבוק שולטות ללא עוררין בתנאי השימוש ובעצם השימוש בשירות" ולכן מחויבת לפעול במידתיות כלפי הפרותיהם); רע"א 5860/16 **Facebook Inc** נ' **בן חמו** (2018) (קביעה כי התנאים הקבועים בהסכם חד-צדדי של פייסבוק מול משתמשיה הישראלים, ובכלל זה תניית השיפוט הזר ותניית ברירת הדין, אינם בעלות תוקף בישראל בהיותן תניה מקפחת לפי חוק החוזים האחידים).

<sup>19</sup> ע"א 294/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (יצחק זמיר עורך, 1993).

כלומר, תרומתו של עיגון מפורש של הזכות להליך הוגן ומרכיביה במסגרת חוק היסוד-המוצע אינה מוגבלת רק למישור היחסים הישיר שבין הפרט לרשויות המדינה אלא יש בכוחו לעצב את הנורמות החלות על מישור היחסים שבין פרטים לענקיות הרשת מכוח דיני המשפט הפרטי.

על כן, אנו תומכים ביוזמת שר המשפטים לעגן בחוק-יסוד את הזכות להליך הוגן, יחד עם מרכיביה הפרטניים, כגון זכות הגישה לערכאות (לרבות איסור התניה חוזית עליה) והזכות לשימוע וטיעון בטרם קבלת החלטה הפוגעת בזכויות או אינטרסים של הפרט. זאת, תוך הדגשה מפורשת, בדברי ההסבר או אף בחוק עצמו, כי עיגון הזכות להליך הוגן בחקיקת יסוד מבוססת על הרציונל של התמודדות פערי כוחות ויחסי תלות ייחודיים, כך שהאיסור על פגיעה לא מוצדקת בזכות להליך הוגן אינו מוגבל אך ורק עבור המדינה ורשויותיה. בכך, אנו סבורים, יינתן מענה מידתי יותר לכוח הגובר והולך של פלטפורמות מקוונות לעצב ולאכוף את הנורמות החברתיות במציאות העכשווית, מבלי להרחיק לכת ולהגדירם כגופים ציבוריים או דו-מהותיים.

\*\*\*

נשמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה שתידרש. ניתן לפנות אלינו באמצעות הדוא"ל: [policy@isoc.org.il](mailto:policy@isoc.org.il)

בברכה ובכבוד רב,

עו"ד יורם הכהן  
מנכ"ל  
איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

ד"ר אסף וינר  
ראש תחום רגולציה ומדיניות  
איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

העתקים:

הוועד המנהל, איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר).