בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

עע"מ 3782/12

לפני:	כבוד הנשיא א' גרוניס כבוד השופט ע' פוגלמן כבוד השופט נ' סולברג
המערערים:	1. מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל 2. מפקד מחוז מרכז במשטרת ישראל 3. משטרת ישראל
	נ ג ד
המשיב:	איגוד האינטרנט הישראלי
המשיבים הפורמליים:	1. סמייל טלקום בע"מ 2. אקספון 018 בע"מ 3. בזק בינלאומי בע"מ 4. 013 נטוויז'ן בע"מ
	ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 2.4.2012 בתיק עת"מ 45606-10-10 [פורסם בנבו] שניתן על-ידי סגנית הנשיאה, כבוד השופטת מיכל רובינשטיין [פורסם בנבו]
תאריך הישיבה:	ט"ו בחשוון התשע"ג (31.10.2012)
בשם המערערים:	עו"ד יובל רויטמן; עו"ד אורלי אהרוני
בשם המשיב:	עו"ד חיים רביה; עו"ד דן-אור חוף; עו"ד יוסי מרקוביץ'

מיני-רציו:

* בימ"ש פסק, בדעת רוב, כי סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין איננו מקנה למפקד מחוז במשטרה סמכות להוציא צווים המכוונים לספקיות הגישה

לאינטרנט, המורים להן לחסום את הגישה לאתרי הימורים. לשם כך נדרשת הסמכה מפורשת בחקיקה.

* משטרה – סמכויות – חריגה מסמכות

* משפט מינהלי – סמכות – חריגה מסמכות

* משפט מינהלי – חוסר סמכות – משמעותו

* משפט מינהלי – בגץ – זכות עמידה

* משפט מינהלי – חוקיות המינהל – יישום העיקרון

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – חופש הביטוי

.

משטרת ישראל הוציאה צווים להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט (להלן: הצווים). בימ"ש לעניינים מינהליים נעתר לעתירת המשיב ופסק כי הצווים הוצאו בחוסר סמכות ודינם להתבטל. מכאן הערעור. הדיון נסב אודות השאלה האם מוסמך מפקד מחוז במשטרת ישראל להורות לספקיות גישה לאינטרנט להגביל גישתם של גולשים ישראלים לאתרי הימורים באינטרנט מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 229(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) לסגור מקומות הימורים.

.

בית המשפט העליון (מפי השופט פוגלמן ובהסכמת הנשיא גרוניס, בניגוד לדעתו החולקת של השופט סולברג) דחה את הערעור ופסק כי:

אשר לשאלת זכות העמידה של המשיב, המשיב הוא עמותה הפועלת לקידום האינטרנט ולהטמעתו בישראל. המשיב אינו מעוניין להגן על אינטרס המיוחד לו, אלא על אינטרס המשותף לו ולכלל הציבור וככזה עתירתו היא "עתירה ציבורית". המשיב מעורר טענות כבדות משקל ביחס לחריגה לכאורית מסמכות בהוצאת הצווים המצדיקות את הרחבת זכות העמידה. לפיכך, למשיב זכות עמידה בהליך דנן.

אשר לשאלת הסמכות, ניתן לראות באתר אינטרנט בבחינת "מקום" כהגדרתו במקומות שונים בספר החוקים ואתר הימורים מקוון הוא בבחינת "מקום משחקים אסורים", כהגדרתו בסעיף 229 לחוק; בימ"ש ציין כי על אף שיש להניח כי היקפה של הפגיעה בחופש הביטוי במקרה זה מצומצם, ככלל כאשר עסקינן במטרייה רגישה של חסימת אתרי אינטרנט, יש לבחון בשבע עיניים את החשש לפגיעה בו. לעניין אתרי ההימורים בלבד נפסק כי הפגיעה בחופש הביטוי כתוצאה מחסימת התכנים החוקיים שהם חלק מאתרי ההימורים, הינה בעלת עצמה מוגבלת, אם בכלל; הובהר כי אם יש חשש לחסימת אתרים "תמימים", תהא זו פגיעה חמורה בחופש הביטוי ובזכות הגישה למידע, פגיעה שלגביה תידרש הסמכה מפורשת בחוק ועמידה בתנאי פסקת ההגבלה.

לא ניתן להיתלות בסעיף 229 לחוק לצורך הוצאה לפועל של הסמכות על דרך מתן צו המכוון לצד ג'. כאשר החוק מעניק לרשות השלטונית סמכות, הלכה היא כי הרשות חייבת להפעיל את הסמכות בעצמה. לא ניתן, בהיעדר הסדר חקיקתי מתאים, להעניק סמכויות אכיפה למי שאיננו חלק ממערך האכיפה.

בעוד שהיעזרות הרשות בגורמים פרטיים בהתייחס להיבטים הטכניים של מילוי תפקידן מותרת ככלל, הרי שקיימת חזקה פרשנית כנגד אצילת סמכויות לגורמים פרטיים. בענייננו, ספקיות הגישה לא נדרשו להפעיל שיקול דעת ביחס לאתרים שאת הגישה אליהם יש לחסום. לכן, ניתן, לכאורה לטעון כי הרשות לא אצלה סמכותה, אלא ביקשה להסתייע באחר לביצוע הסמכות. אלא שכאשר עסקינן בהסתייעות יש להוכיח כי האדם או הגוף שבו הרשות מבקשת להסתייע מסכים להיות לרשות לעזר. בענייננו הצווים כופים על גוף פרטי "לסייע" לרשות, כך שאין לומר כי ספקיות הגישה הן גוף המעניק לרשות את שירותיו מרצון. בהעדר אסמכתה מפורשת בחוק, אין אפשרות להטיל על גורם פרטי לבצע פעולות עבור הרשות. לפיכך, יש צורך בהסמכה חוקית מפורשת. מלשונו של סעיף 229 לחוק לא ניכרת הסמכה להטיל תפקיד על צד ג'. לכן, הוצאת הצווים חורגת מעיקרון חוקיות המינהל. לאור כל האמור, סעיף 229 לחוק אינו מקנה למפקד מחוז במשטרה סמכות להוצאת צווים המכוונים לספקיות הגישה לאינטרנט, המורים להן לחסום את הגישה לאתרי הימורים. נדרשת לשם כך הסמכה מפורשת בחקיקה. לא ניתן להסתפק בהסדר הנוכחי, שאין בו הסמכה להורות לצד ג' לסייע לרשויות האכיפה בהפעלת הסמכות.

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. משטרת ישראל הוציאה צווים להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (השופטת מיכל רובינשטיין), נעתר לעתירת איגוד האינטרנט הישראלי ופסק כי הצווים הוצאו בחוסר סמכות וכי דינם להתבטל. מכאן ערעורה של משטרת ישראל, ובגִדרו בקשתה להשיב את הצווים על כנם.

רקע

2. הפשיעה גואה ופנים חדשות לה. כפועל יוצא מכך נתקבלה ביום 1.1.2006 החלטת הממשלה מספר 4618, ועל-פיה הוקמה "ועדה מתמדת להכוונה ולתיאום הפעילות במאבק בפשיעה החמורה ובפשיעה המאורגנת ובתוצריהן". הוועדה המתמדת קבעה

כי תופעת ההימורים באינטרנט היא יעד מרכזי לאכיפה בכלים משולבים – פליליים, פיסקאליים ומינהליים – מחמת השלכותיה הרחבות והקשות. מדובר בתופעה מחוללת פשיעה, תפוצתה גדֵלה והולכת, והיא נגישה לפלח רחב של האוכלוסיה. במסגרת זו, על דעתם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, הוחלט לפעול להגבלת הגישה של גולשים בישראל לאתרי הימורים באינטרנט. מכתבי התראה נשלחו אל ספקי הגישה לאינטרנט, ניתנה להם רשימת אתרי הימורים וכתובות IP שלהם; גם זכות טיעון ניתנה לספקי הגישה ולמפעילי האתרים. בחודש אוגוסט 2010, הוצאו הצווים; בחודש אוקטובר 2010 עתר איגוד האינטרנט הישראלי לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב-יפו לביטולם; ובחודש אפריל 2012 נתקבלה העתירה.

פסיקת בית המשפט המחוזי

3. אֵלו הם עיקרי פסיקתו של בית המשפט לעניינים מינהליים:

(א) זכות עמידה: הנפגעים הישירים – ספקי הגישה ומפעילי האתרים – בחרו שלא לממש את זכותם לעתור נגד הצווים. אף-על-פי-כן, נפסק כי יש מקום

להכיר בזכות עמידה לאיגוד האינטרנט הישראלי, באשר איננו מייצג את האינטרסים של ספקי הגישה ומפעילי האתרים – שהם אינטרסים מסחריים בעיקרם – אלא בייצגו את עניינו של הגולש הישראלי, מחמת פגיעה בחופש הביטוי ובזכות הגישה למידע. מדובר בנושא בעל חשיבות ציבורית כללית הנוגע לאכיפה של ערכים חוקתיים ושמירה על שלטון החוק.

(ב) הגבלת הגישה לאתרי הימורים באינטרנט פוגעת בחופש הביטוי: האינטרנט הוא כלי מצוין למימוש זכות הגישה למידע באופן פרקטי, יעיל, זול ואמין. זהו אמצעי דמוקרטי המקדם את עקרון השוויון, מאפשר שיח מבוזר ומגוון, ומהווה קטליזטור צמיחה כלכלי ופלטפורמה מצויינת למיזמים עסקיים. זכות הגישה למידע היא בעלת מעמד חוקתי, ולפיכך המגבלות על השימוש באינטרנט הן מעטות. עם זאת, האינטרנט מנוצל גם לרעה, להפרת זכויות יוצרים, לפרסום לשון הרע, פורנוגרפיה, עידוד לאלימות, לשימוש בסמים ועוד. הרצון למזער את נזקי השימושים השליליים באינטרנט הוביל רשויות במדינות שונות בעולם לנקוט באמצעים מגוונים, בכללם חסימת גישה לאתרים המהווים כר לפעילות בלתי-חוקית, באמצעי סינון טכנולוגיים. הגישה בישראל היא שחופש הביטוי "חובק כל", וחל גם על ביטויים המעודדים פעילות בלתי-חוקית. עם זאת, חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת. כאשר ישנם אינטרסים המצדיקים זאת – בטחוניים, חברתיים, מדיניים ואחרים – ניתן להצר את חופש הביטוי. האיזון ויישום מבחני המידתיות עשויים להשתנות בהתאם לסוג הביטוי ולערך החברתי הטמון בו, אל מול התועלת שבהגבלתו. לתוכן שבאתרי הימורים בלתי-חוקיים נודע בדרך כלל ערך חברתי נמוך. מדובר בביטויים מסחריים גרידא, המעודדים ביצוע של פעילות המרוסנת בדין הפלילי. יתכן שהגבלת הגישה לביטויים אלו תימצא מוצדקת וככזו שנעשתה לתכלית ראויה, אך עצם הנזק שבביטוי אינו

מוציא אותו מגִדרה של ההגנה. לפיכך, הצרה של חופש הביטוי, גם של ביטויים בעלי ערך נמוך, מעין אלה שבאתרי הימורים בלתי-חוקיים, חייבת לעמוד במבחנים החוקתיים, ועל-פי הסמכה שבחוק.

(ג) אין למשטרה סמכות להורות לספקי הגישה לאינטרנט להגביל את הגישה לאתרי הימורים: סעיפי פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה) וחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)

הרלבנטיים, על-פי לשונם ועל-פי תכליתם, מקנים למשטרת ישראל סמכות להורות על סגירה של מקומות שבהם מתנהלים הימורים, אך אֵלו הם מקומות פיזיים בלבד; להבדיל ממניעת גישה לאתר אינטרנט. אתר אינטרנט איננו בגדר "מקום", אלא אוסף של מידע ויישומים המותקנים על גבי מחשב המתַקשר עם מחשבים אחרים ברשת האינטרנט. מידע מועבר בין מחשב לבין שרת. המשטרה מוסמכת להורות על סגירה של "מקום" משחקים אסורים, או "מקום" לעריכת הגרלות או הימורים, אך חסימת גישה לאתר אינטרנט אינה שקולה לסגירה של מקום, ואינה באה בגדר ההסמכה; לא במפורש ולא מכללא. מעצם העובדה שהחוק העניק למשטרה סמכות לסגור אתרים פיזיים, אין ניתן ללמוד כי כוונת המחוקק הייתה להרחיב את הסמכות באופן שתינתן למשטרה סמכות "צנזוריאלית", בלי שישנם קווים ברורים להפעלתה. גם אם תכליתם של הצווים – לצמצם את תופעת ההימורים – זהה לתכלית שביסוד הסמכות לסגירה פיזית של מקומות הימורים, הרי שההשלכות של חסימת גישה לאתר אינטרנט הן שונות מבחינת הפוטנציאל לפגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק. ישנם קשיים טכניים, מדיניים ומשפטיים הכרוכים בחסימת הגישה לאינטרנט; חשש לפגיעה אפשרית באתרים לגיטימיים ובגולשים תמימים; ביצוע החסימה באמצעות צד שלישי – ספקי הגישה – מעלה שאלות באשר לאחריות, לאופן החסימה ולעלויותיה. מדיניות משפטית ראויה היא להמתין להסדרה מפורשת בחקיקה ראשית בסוגיות שעניינן בהצרתו של חופש הביטוי באינטרנט, ולאחר דיון ציבורי מעמיק. אין להשתמש בפרשנות "לוליינית" על מנת ליתן למשטרה סמכויות מכללא לפגוע בזכויות האזרח. זאת ועוד, המחוקק דן בשנים האחרונות בהצעות לתיקוני חקיקה בנדון, אך יוזמות החקיקה נבלמו כי לא היו מאוזנות במידה מספקת. הכוונה הסובייקטיבית והקונקרטית של המחוקק מלמדת כי ביקש שלא ליתן למשטרה סמכות לחסום גישה לאתרי הימורים על-פי שיקול דעתה.

בתמצית: הצווים להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט הוצאו בחוסר סמכות, ודינם להתבטל. זו פסיקתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים.

עיקרי טענות הצדדים

4. ב"כ המדינה טוענים כי שגה בית המשפט לעניינים מינהליים כשקבע כי לאיגוד האינטרנט הישראלי קיימת זכות עמידה. זהו עותר ציבורי הנעדר עניין אישי בצווים, ומן הראוי היה לדחות את עתירתו על הסף. במיוחד כך, כשקיימים עותרים פוטנציאליים קונקרטיים, אשר יכלו להניח תשתית עובדתית שהיתה נחוצה להכרעה, ואֵלו נמנעו מהגשת עתירה. העתירה מבקשת לאפשר פעילות בלתי-חוקית, היא לא נועדה לשמור על שלטון החוק, ולא היתה הצדקה לקיים בירור שיפוטי בעתירה שכזו, של עותר ציבורי. ב"כ המדינה טוענים עוד כי שגה בית המשפט לעניינים מינהליים בקביעתו כי הצווים פוגעים בחופש הביטוי. אתרי האינטרנט שנגדם הוצאו הצווים אינם משמשים אפיק לביטוי, וכל מהותם היא ביצוע הימורים אסורים. אין הצדקה למתן פטור גורף לאינטרנט מן הכללים החלים על אמצעי תקשורת אחרים. חסימת גישה לאתרי אינטרנט המשמשים להימורים היא פרקטיקה מקובלת בעולם, והיא נחוצה על מנת למנוע פשיעה.

5. בעיקר טוענים ב"כ המדינה כי יש למשטרה סמכות להורות על חסימת הגישה לאתרי האינטרנט. בית המשפט לעניינים מינהליים נתפש לפרשנות "נוקשה", שלא נתנה ביטוי הולם ללשון החוק ולתכליתו. בית המשפט לעניינים מינהליים לא דן בחלופה אפשרית בחוק המסמיך, ומכל מקום ניתן להעתיק את הוראת החוק הרלבנטית מהמרחב הפיזי אל המרחב האינטרנטי: "מקום הימורים" הוא גם מקום וירטואלי. סמכות לסגירתו של מקום, כוללת גם את האפשרות להורות על חסימת דרכי הגישה לאותו מקום. לטענת ב"כ המדינה, בעת חקיקת החוק לא ניתן היה לצפות את קיומו של

המרחב הוירטואלי, אך התכלית היא אחת: מניעת הימורים בלתי-חוקיים, שנִזקם ליחידים ולציבור הוא עצום ורב. המתנה להסדרה מפורשת של הסוגיה בחקיקה ראשית, פירושה הוא המשך התופעה של הימורים באינטרנט, על כל השלכותיה ונזקיה הקשים, כשהמשטרה נאלצת להתמודד עִמה כשידיה קשורות מאחורי גבּהּ.

6. מנגד עמד איגוד האינטרנט הישראלי על האינטרס הציבורי שבנגישות לאינטרנט, וכפועל יוצא מכך על זכות העמידה שלו בגדרי עתירה זו, בשל פעולתו לקידום האינטרנט והטמעתו בישראל כתשתית טכנולוגית, מחקרית, חינוכית, חברתית ועסקית. לא דומה האינטרס הכלכלי המוגבל של בעלי

האתרים וספקי הגישה לאינטרנט, לאינטרס הציבורי שבחופש הגישה לאינטרנט. לשם כך נועדה זכות העמידה של העותר הציבורי, על מנת לאפשר ביקורת שיפוטית בעניין בעל אופי ציבורי, חוקתי, הנוגע לשלטון החוק. איגוד האינטרנט הישראלי העלה על נס את הזכות לדעת: "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה" (בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד טז 2407, 2416 (1962)). אתר אינטרנט מורכב מרבדים של מידע. כל רובד שכזה הוא ביטוי מוגן, ובכלל זאת – קוד המחשב, העיצוב הגראפי, משחקים, סרטונים, נתונים והסברים. חשד לעבירות פליליות אינו מצדיק מניעה מוקדמת של ביטוי.

7. עוד טוען איגוד האינטרנט הישראלי, כי החוק אינו מסמיך את המשטרה להורות לצד שלישי לחסום גישה לאתרי הימורים באינטרנט. אתר אינטרנט איננו "מקום", ולא "חצרים", אלא אוסף של "דפים" ובהם מידע שנאגר בקבצים על גבי מחשב שרת המתַקשר עם מחשבים אחרים באינטרנט (אברהם טננבוים "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט" שערי משפט ד(2) 356, 374 (2006)). האנאלוגיה בין 'אתר' לבין 'מקום' שגויה מיסודה. אין דין חסימת גישה למידע, כדין סגירת מקום פיזי, בין היתר עקב הפגיעה בחופש הביטוי. סגירה פיזית אינה פוגעת בזכויות הציבור הרחב; חסימת גישה למידע – פוגעת. ספקי גישה לאינטרנט, אינם זרוע ביצועית של המשטרה. הם צינור מידע של הגולשים ברשת האינטרנט, והם אוחזים בתפקיד חשוב מאין כמוהו לציבור, לשם מימוש זכות הגישה למידע.

8. איגוד האינטרנט הישראלי מבקש להותיר על כנה את פסיקת בית המשפט לעניינים מינהליים גם בהתבסס על כך שהשלכות של חסימת גישה לאתר אינטרנט הן שונות מהשלכות של חסימת מקום פיזי. לחסימת גישה לאתרי אינטרנט ישנם קשיים טכניים, ובעטיים יתכן שייחסמו אתרים תמימים. החסימה יכול שלא תהיה אפקטיבית, היא יכולה להשליך על התחייבויות בינלאומיות, ולעורר שאלות במה שנוגע לאחריות ספקי הגישה. עלויותיה צפויות להיות 'מגולגלות' על משתמשי האינטרנט. כעניין של מדיניות שיפוטית, מן הראוי שפגיעה בחופש הביטוי ובזכות הגישה למידע, תֵעשה אך ורק בחקיקה ראשית מפורשת. הדיון בכנסת בהצעות חוק פרטיות בסוגיה

הנדונה לימד על הסתייגויות מהותיות מפני הענקת הסמכות המבוקשת למשטרה. קבלת הערעור תעשה את המשטרה לחוקר ומאשים, שופט ומוציא לפועל, תוך כדי פרשנות לוליינית של החוק ופגיעה בחופש הביטוי.

דיון והכרעה

9. אחלק את הדיון בערעור לשלושה, כדרך שעשה בית המשפט לעניינים מינהליים:

(א) זכות העמידה; (ב) חופש הביטוי; (ג) סמכות המשטרה.

(א) זכות העמידה

10. כאמור, הצווים הורו לספקי הגישה לאינטרנט לחסום גישה למספר אתרי אינטרנט המשמשים לביצוע הימורים בלתי-חוקיים. ספקי הגישה ובעלי האתרים הנ"ל לא ראו לנכון לעתור נגד הצווים. לכאורה, אכן, כטענת ב"כ המדינה, מתעבר איגוד האינטרנט הישראלי על ריב לא לו. בית המשפט לעניינים מינהליים חרג מן "הכלל שלפיו לא ייעתר בית-המשפט בדרך-כלל לעתירה ציבורית מקום שברקע העניין מצוי נפגע פרטי אשר אינו פונה לבית-המשפט בבקשת סעד על פגיעתו" (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 68 (2003)). הכרה בזכות העמידה של איגוד האינטרנט הישראלי גרמה לדיון בעתירה מבלי שהונחה לפני בית המשפט לעניינים מינהליים התשתית העובדתית הנחוצה. לא הוצג לפני בית המשפט התוכן המדוייק של אתרי האינטרנט שלגביהם הוצאו הצווים; לא הובא תיאור מלא של היכולת הטכנולוגית לחסום גישה לאתרי האינטרנט; לא הוצג בסיס לטענה – שהתקבלה על דעתו של בית המשפט לעניינים מינהליים – כי חסימת הגישה לאתרי ההימורים צפויה לחסום גם אתרים אחרים.

11. איגוד האינטרנט הישראלי גם טען בבית המשפט לעניינים מינהליים לפגיעה בזכות הטיעון של אתרי האינטרנט ושל ספקי הגישה לאינטרנט, וכמו כן טען להפליה בין אתרים שהגישה אליהם נחסמה, לבין אתרים שהגישה אליהם לא נחסמה. דא עקא, אין מקום לטענות שכאלה מפיו של עותר ציבורי. אֵלו הן טענות שהיה על בעלי האתרים וספקי הגישה לטעון, הם עצמם, אילו חפצו לעשות כן.

12. דומה כי מלכתחילה היה מן הראוי למחוק את העתירה על הסף, בהעדר זכות עמידה. ברם, בדיעבד, משלא נעשה כך; משהכיר בית המשפט לעניינים מינהליים בזכות העמידה של איגוד האינטרנט הישראלי; ומשנפסק לגופו של עניין כפי שנפסק, דומה כי לא יהא זה נכון כעת לקבל את הערעור רק על סמך עניין זה מבלי לדון בערעור לגופו. שומה להכריע בשאלת חוקיות הצווים.

(ב) חופש הביטוי

13. רבות ונכבדות דיברו ב"כ הצדדים על חופש הביטוי ועל זכות הגישה למידע הנגזרת ממנו. אכן, שומה להישמר מכל משמר מפני פגיעה בשיח החופשי ב"כיכר העיר" החדשה ובזרימת המידע באינטרנט. חופש הביטוי הוא נשמת-אפו, וזכות הגישה למידע היא לחם-חוקו. יחד עם זאת, ציין בית המשפט לעניינים מינהליים בפסק דינו כי לבטח הימור בלתי-חוקי באינטרנט "איננו זכות מוגנת, ובמקרה כזה אכן לא מתקיים 'שיח של זכויות'" (פיסקה 21). ברם, באתרי ההימורים ישנם תכנים נוספים: ביטויים, תמונות, טקסטים, הסברים, רשימות, ושאר אמצעים אודיו-ויזואליים. לדברי בית המשפט לעניינים מינהליים, לכל אלה יש ערך חברתי, "ערך נמוך" אמנם, אך "במניעת הגישה לאתרי הימורים פגעו המשיבים בחופש הביטוי של הגולשים - שמעוניינים להיכנס לאתרים ולעיין במידע - ושל בעלי האתרים שהעלו את התוכן" (פיסקה 23).

14. על הפגיעה הזו בחופש הביטוי קובל איגוד האינטרנט הישראלי מרות, אך דומני כי הפגיעה הנטענת בחופש הביטוי איננה 'כצעקתה'. ב"כ המדינה טוענים כי לא כך, כי אתרי ההימורים הנדונים אינם כוללים תכנים זולת ההימורים, ומכל מקום לא תכנים שאת הגישה אליהם אין לחסום מטעמי חופש הביטוי. כאמור, איגוד

האינטרנט הישראלי הגיש את העתירה, ולא ספקי הגישה ומפעילי האתרים, שאצלם אצור המידע הרלבנטי. עניין זה מדגים שוב את המכשלה שבהענקת זכות עמידה למי שמבקש להתעבר על ריב לא לו, כי התשתית העובדתית המוצגת לבית המשפט לוקה בחסר, והחשש הוא כי בית המשפט ילך שבי אחריה.

15. מכל מקום, גם אם אתרי ההימורים הנדונים כוללים תכנים לגיטימיים בצד אֵלו של הימורים בלתי-חוקיים, כי אז אין כל מניעה לבעלי האתרים להנגיש

את המידע לציבור הגולשים באחת משתי דרכים: או באתר חלופי, או באותו אתר עצמו, בד בבד עם חסימת האפשרות לבצע בו הימורים אסורים. הפגיעה בחופש הביטוי היא אפוא בשולי-השוליים, אם בכלל.

16. בל נשכח כי סגירת מקום הימורים פיזי, פוגעת בזכות הקניין, זכות יסוד חוקתית, ואף-על-פי-כן היא מותרת ונעשית תדיר בהתאם לחוק. הפסיקה אף התירה לסגור מקום הימורים פיזי, גם כשנעשו בו פעולות אחרות, לגיטימיות (דברי השופט (כתארו אז) א' גרוניס ב[עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח](3) 782, 798 (2004); להלן: עניין תשעים הכדורים)). איגוד האינטרנט הישראלי טוען כאמור כי לא כל תכני אתרי ההימורים הנדונים הם בלתי-חוקיים, וכי ניתן לשוחח באמצעות צ'ט ושאר שימושים אפשריים לגיטימיים. זו טענה שיש להניח תשתית עובדתית לגביה. אך גם בהנחה שהיא נכונה, נחזור ונזכיר שוב מקום הימורים פיזי, שאין עוררין על כך שניתן לסגרו על-פי החוק. גם מקום שכזה יכול לשמש בנוסף להימורים הבלתי-חוקיים, כמקום מפגש חברתי, אפשר לנהל בו שיחות, גם בעניינים שברומו של עולם. אין בכך כדי למנוע את סגירתו מנימוקים של פגיעה בחופש הביטוי. בּאֵי-המקום יוכלו להמשיך להיפגש, להידבּר, ולהחליף דעות, במקום חלופי. בדומה, אין כל מניעה לפעול כך לגבי אתר אינטרנט שמתקיימים בו הימורים בלתי-חוקיים. הגישה אל אֵלו תֻחסם, וככל שנעשתה באתר פעילות לגיטימית אחרת, אין כל מניעה מלהמשיך ולעשותהּ; באתר זה או באתר אחר.

17. הנה כי כן, בפרקטיקה היישׂומית יש מענה לחשש מפני פגיעה בעקרון הערכי. מעלתו הרבה של חופש הביטוי אינה שנויה כלל במחלוקת. כבודו במקומו מונח, מעמדו מעוגן בביטחה, ואת הגבלת

הגישה להימורים בלתי-חוקיים באינטרנט ניתן לעשות מבלי לפגוע בו, בחופש הביטוי, ולא בזכות הגישה למידע. אוסיף עוד דברים על הבטחת מניעת פגיעה בחופש הביטוי בהמשך, כשאדבר על שיקול הדעת בהפעלת הסמכות על-ידי המשטרה.

(ג) סמכות המשטרה

18. העוגן החוקי לפעולתן, נמצא לרשויות האכיפה, לטענתן, בשתי הוראות-חוק. סעיף 3 לפקודת המשטרה קובע כך: "משטרת ישראל תעסוק במניעת

עבירות ובגילוין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". הוראה זו, בסיסית וחשובה, אך מפאת כלליותה מקדמת אותנו אך במעט. חשובה הימנה לצורך העניין הנדון היא הוראתו הספציפית של סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין, עניינה ב"סגירת מקומות", וזו לשונה:

> "מפקד מחוז במשטרת ישראל רשאי להורות על סגירתו –
>
> של מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או
> הימורים".

19. עינינו הרואות, שתי חלופות דומות: האחת, "מקום משחקים אסורים"; והשנייה, "מקום לעריכת הגרלות או הימורים". בית המשפט לעניינים מינהליים התמקד בחלופה הראשונה, אשר לגביה נקבעה הגדרה בסעיף 224 לחוק העונשין:

> "'מקום משחקים אסורים' - חצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים, בין שהם פתוחים לציבור ובין שהם פתוחים לבני אדם מסויימים בלבד, ואין נפקא מינה אם הם מוחזקים גם למטרה אחרת".

על סמך הפירוש המילוני – העברי והאנגלי – קבע בית המשפט לעניינים מינהליים כי מדובר במקום פיזי, מתוחם; דוגמת בית, בנין, שדה (פיסקה 36 לפסק הדין). בית המשפט ציטט מספרו של י' קדמי, כי מדובר במקרקעין, "במשמעות הרחבה והמקיפה של המושג... במקרקעין, להבדיל ממטלטלין" (יעקב קדמי על הדין בפלילים (חלק רביעי) 2283 (2006)).

20. האם המונח "חצרים" יכול לכלול את עולם האינטרנט? לדעתי, "חצרים וירטואליים" גם הם "חצרים", אך ניתן להשאיר שאלה זו בצריך-עיון. בסעיף 229(א)(1) הנ"ל לחוק העונשין ישנן כאמור

שתי חלופות. החלופה השנייה, על-פי לשונה, איננה מחייבת פנייה לסעיף ההגדרות. מכאן השאלה, האם נכון יהיה לפרש "מקום" כמשתרע גם על המרחב הוירטואלי? בית המשפט לעניינים מינהליים השיב על שאלה זו בשלילה, נימוקו-עִמו, הגיוני, ובמבט ראשון הוא משכנע:

"התייחסות אל אתר אינטרנט 'כמקום' איננה מתיישבת עם אופן פעולתו. אתר אינטרנט, בהגדרתו, הינו אוסף של מידע ויישומים, המותקנים על גבי מחשב, המתקשר עם מחשבים רבים ברשת האינטרנט. כשמשתמש 'נכנס לאתר', מחשבו האישי פונה למחשב אחר ('שרת האתר') הנמצא במקום כלשהו, ומבקש ממנו מידע. למחשב המשתמש יש מספר ייחודי (IP) ולשרת האתר יש מספר ייחודי (IP אחר). שרת האתר מעביר את המידע למחשב האישי, שבעזרת הדפדפן מסדרו לקריאה. כאשר מתבצעות 'פעולות' באתר, המחשב האישי מבקש מידע חדש משרת האתר, מקבל אותו, ומסדר אותו על המחשב האישי. מתבצעות העברות מידע בין המחשב האישי לשרת, אך אין כאן כל 'מקום'. היטיב לתאר זאת כב' השופט טננבוים במאמרו... : 'עצם המילה שנבחרה בעברית 'אתר', גורם אינטואיטיבית למחשבה על אתר גיאוגרפי. תפיסת האתר כ'מקום' גורמת לנו לומר 'להכנס לאתר', 'לצאת מהאתר' וביטויים מעין אלו... כל האתרים באינטרנט מקושרים זה לזה ופגיעותו של אחד פוגעת גם באחר... רשת האינטרנט נוסדה, התפתחה וקיימת כיום בזכות כל אותם פרטים התומכים, עוזרים ודואגים לשלמותה. מדיניות ציבורית נכונה ונאותה חייבת להתבסס על כך ולעזור במגמה זו... 'אתר' אינטרנט אינו מקום. בפועל, 'אתר' אינו אלא מחשב שבתוכו תוכנה המתקשרת באופן רצוף עם מחשבים רבים אחרים" (פיסקה 37 לפסק הדין).

21. על הדברים הללו חזרו ושנו ב"כ איגוד האינטרנט הישראלי, ואני מוכן לאמצם בלא כָּחָל ובלא שָׂרָק: אתר אינטרנט, לפי טיבו, איננו "מקום" כפי הגדרתו הטכנולוגית. ברם, גם כשזוהי נקודת

המוצא, המסקנה המתחייבת איננה דווקא זו שמחריגה את המרחב הוירטואלי מתחום התפרסותה של הוראת סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין, כפי שיבואר. קודם לכן, נדרשות הערות אחדות על האינטרנט, על הקידמה, ועל ניסיונות החוק והמשפט להדביקה.

22. בּאֵי-העולם כולו, הדיוטות ומומחים לדבר, כמעט כולנו עודנו לומדים, תוהים ומתפעלים מן האינטרנט. השפעתו נודעת מקצה העולם ועד קצהו, אך לבטח נדרש עוד פרק זמן ארוך כדי שניתן יהיה להעריך את פעלו ולעמוד על מלוא השלכותיו: "אנו חיים בעיצומה של מהפיכה: ההתפתחות הטכנולוגית בתחום המחשב, המידע הדיגיטלי והרשתות הדיגיטליות מחוללת מהפיכה חברתית, כלכלית ופוליטית" (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע 11 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, התשע"א)); "המחשב – ועימו האינטרנט – אינם אך מוטציה של צורות חיים קודמות שהכרנו ואשר בִּיַּתְנוּ בשיטת המשפט. חיים חדשים הם, והילוכם אין הוא כהילוך צורות החיים שהורגלנו לחיות בחברתן. הילוכן הוא כהילוך הפָּרָש (הסוס) במשחק השח-מט: מהלך הוא לא לגמרי קדימה; לא לגמרי אחורה; לא לגמרי אל צד; לא לגמרי באלכסון; מהלך הוא מעט מזה ומעט מזה, והרי הוא לעצמו. ואולם בכך נבדלת צורת החיים החדשה מן הפָּרָש, שהפָּרָש יודעים אנו מראש כיצד ינוע, ויודעים אנו – מי-פחות מי-יותר – כיצד נגונן על עצמנו בהתקיפו אותנו; ואילו צורות חיים חדשות אלו של המחשב והאינטרנט טרם ידענו לחקרן, טרם הגענו את תחתית הבור. נקישה אחת בירושלים, ואתה בתל אביב; נקישה שנייה, ואתה באוסטרליה; נקישה שלישית – המערכת מתמרדת, והכל נמחק כלא היה. החילונו נעים במהירות האור בעוד שגופנו בכרכרה, וזרימת מחשבתנו כמהירות הכרכרה" (מישאל חשין "הקדמה" המחשב וההליך המשפטי – ראיות אלקטרוניות וסדרי דין (2000). יש אשר רואים את האינטרנט כיקום חדש: "האינטרנט יצר בתוך זמן קצר ובהיקפים בלתי נתפסים יקום חדש. יקום זה חולש כמעט על כל פן של הציוויליזציה, משכפל אותה ומתכתב עימה" (רוביק רוזנטל "כמה הערות על שפת האינטרנט" רשת משפטית: משפט וטכנולוגית מידע 61 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, התשע"א)). האינטרנט בא לעולמנו, נכנס לפנַי ולפנים, אך עודנו מתקשים להגדירו. האינטרנט נמצא בכל העולם ובשום מקום גם יחד. ליתר דיוק: הנגישות אל האינטרנט, ופעלו, הם בכל רחבי תבל, אך מציאותו היא ב'שומקום'.

23. בידוע, כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע וישׂומיו. מפרי-החוק מסתגלים לקידמה מהר יותר מאוכפיו. זו אקסיומה. לראשונים אין עכבות; לאחרונים יש. שנים רבות חלפו מעת המצאת המחשב ועד לחקיקת חוק המחשבים, התשנ"ה-1995. לא חלפו אז דור או שניים במונחי מחשב, והחוק כבר נמצא מיושן, כי המחוקק לא צפה – ולא יכל לצפות – את חידושי הטכנולוגיה. אך לא רק עולם המשפט עומד נבוך. גם מדע הפסיכולוגיה נתקל בתופעות חדשות של התמכרות ופגיעות בנפש, ומנסה ללמוד דרכי התמודדות עדכניות 'תוך כדי תנועה'; כך גם הסוציולוגיה, ושאר ענפים מתחום מדעי החברה, הטבע והרוח. אין תימה אפוא שגם עולם המשפט איננו ערוך עדיין עם מלוא הכלים העומדים לרשותו. יש מרחיקי-לכת הסבורים כי על האינטרנט, לפי טיבו הוירטואלי, אין להחיל כלל חוקי מקום, זמן ומדינה (ראו אסמכתאות לגישה זו במאמרם של יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגראפיה וקהילה באינטרנט" מחקרי משפט כג(1) 259 (2006); מיכל אגמון-גונן "האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע 207 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, התשע"א)).

24. גישה אקסטריטוריאלית שכזו אין לקבל. אמנם אין להרבות בחקיקה באופן שתפגע בתועלת הרבה הצפונה באינטרנט, וגם אין טעם בחקיקה שלא ניתן יהיה לאכפה לאור מאפייני הרשת. ברם, למרחב הוירטואלי יש השפעה מוחשית בעולם הממשי – לטב ולמוטב – ועולמנו זה לא יסכון ולא יסבול את פריקת עול המשפט

מן המרחב הוירטואלי. פדופיליה וירטואלית היא עודנה פדופיליה; לסמים הנמכרים באמצעות האינטרנט יש אותה השפעה ממכרת והרסנית כמו לסמים הנמכרים ברחובה של עיר; פגיעתם הרעה של הימורים באינטרנט, אינה פחותה מסכנתם של הימורים במקום פיזי. אדרבה, האינטרנט פותח אופקים חדשים לעולם הפשע. יש לחסמם. גישה של הדרת החוק והמשפט מן המרחב הוירטואלי, יש להותיר מחוץ לגדר.

25. עם זאת, אין לכחד: הסדרה חוקית של הנעשה במרחב הוירטואלי היא מורכבת ומסובכת. קשה להגדיר את הדין הרצוי, וגם לא בנקל ניתן להחיל את הדין המצוי. לא בכדי יש שהגיעו למסקנה כי מדובר בתחום שראוי להסדרה חוקית; יש הסבורים כי הפסיקה היא המסגרת הראויה לעשיית ההתאמות

הנדרשות לעידן האינטרנט; ואלה ואלה מתלבטים גם לגבי מידת השיתוף של קהילת משתמשי האינטרנט בעיצוב הכללים במרחב הוירטואלי וביישומם (לסקירה מקיפה של מודלים אפשריים ראו: איריס ירון אונגר חשיפת זהותו של מעוול אנונימי ברשת האינטרנט - סקירה משווה (הכנסת, הלשכה המשפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי, 2012). המודלים השונים בחקיקה ובפסיקה שאומצו על-ידי מדינות העולם הם מגוונים (מיגל דויטש "חקיקת מחשבים בישראל" עיוני משפט כב(2) 427, 428 (1999)). הסוגיה היא נכבדה ומקיפה, השפעתה רבה, אך לא ארחיב בה מעבר לנדרש, לצורך הדיון בנושא הקונקרטי העומד להכרעה בערעור זה: סמכותה של המשטרה להוציא צווים להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט.

26. דומה כי הסדרה כוללת של הנושא בחוק, באופן מדוייק ובהתאמה לעידן הוירטואלי היא עדיפה. השאלה היא האם בהעדר הסדר חקיקתי עדכני וממצה, יש בחוק כפי נוסחו לעת הזאת מענה מספק על מנת להניח את הדעת באשר לסמכותה של המשטרה להוציא את הצווים הנדונים. בית המשפט לעניינים מינהליים פסק כי יש להמתין למוצא פיו של המחוקק, וכי כל עוד לא יתוקן החוק אין ניתן להכיר בסמכותה הנ"ל של המשטרה. פסיקה זו צופנת בחובה קשיים.

27. 'תקופת המתנה' הריהי מגבילה, לעיתים מסכלת, מתן מענה הולם בתחום אכיפת החוק ועשיית המשפט. גישה שכזו, ביחד עם קצב התקדמות הטכנולוגיה כמתואר, צפויה להביא לכך שדברי-חקיקה רבים לא יהיו רלוונטיים ולא ישימים. גם לאחר שייצא דבר-חקיקה מתוקן מתחת ידו של המחוקק, אין זה מן הנמנע שעד מהרה לא יהיה אף הוא רלוונטי עוד, ולכן המתנה למחוקק לא בהכרח תביא מזור: "השופט מפרש את החוק. בלא פירושו של החוק אין

אפשרות להפעילו. השופט עשוי לתת פירוש חדש. זהו פירוש דינמי, המבקש לגשר על הפער בין משפט למציאות חיים משתנה בלא שיהיה צורך לשנות את החוק עצמו. החוק נשאר כשהיה אך מובנו השתנה, שכן בית המשפט נתן לו פירוש חדש התואם את הצרכים החברתיים החדשים. בית המשפט... הגשים את תפקידו השיפוטי בגישור על הפער בין משפט לחיים" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 57 (2004);

וראו: בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים פסקה 12 לחוות דעתו של השופט (כתארו אז) א' גרוניס [פורסם בנבו] (10.5.04); רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי. טי. סי. [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ פסקאות ו-ט לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין [פורסם בנבו] (25.3.10) להלן: עניין מור; ע"א 9183/09The Football Association Premier League Limited נ' פלוני [פורסם בנבו] פיסקאות 6-4 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (13.5.12); להלן: עניין פלוני).

28. הפשיעה באמצעות האינטרנט הולכת ומשתכללת, מחד גיסא; חוק העונשין מתקדם לאִטו, מאידך גיסא. יש צורך לגשר ביניהם. הגישור נעשה בכנסת באמצעות חקיקה, ובבית המשפט באמצעות פסיקה. מציאות החיים אינה מאפשרת להמתין לתיקון חוק העונשין ולקביעה סטטוטורית איזו עבירה ניתן לבצע באמצעות האינטרנט ואיזו לא. גם אין צורך משפטי להמתין עד שהמחוקק יסרוק את כל הוראות הדין הפלילי ויאמר לאיזו מהן יש תחולה גם באינטרנט. בית המשפט נדרש ליתן מענה לנושא קונקרטי שהובא לפניו, ולפסוק לכאן או לכאן. לא ב'חקיקה שיפוטית' עסקינן, אלא ב'יצירה שיפוטית'. אותן עבירות פליליות שנחקקו לפני שנים רבות, כשביצוען נעשה ברחובה של עיר, מבוצעות עתה בתפוצה רחבה וביתר שאת באמצעות האינטרנט. לעיתים היסוד העובדתי זהה, היסוד הנפשי זהה, התכלית החקיקתית זהה; והנזק, לעיתים מזומנות, רב וחמור עוד יותר במימד הוירטואלי.

29. למותר לציין, כי עודנו כבולים במגבלות הלשון, ולא נוכל לחרוג מגבולותיה על מנת לפרוש מצודתנו על כל מה שנתפש כחטא, עוון, פשע או עוולה בעולם ה'ממשי', ונחזה להיות ככזה גם במרחב הוירטואלי. יחד עם זאת, תכלית החקיקה, המשותפת בדרך כלל לאותן עבירות, בין אם הן נעשות פה, בין אם שם, מחייבת

לעשות מאמץ פרשני על מנת למנוע יצירת פרצות מלאכותיות באכיפת הדין הפלילי, שנְזקן רב. על הנזק החמור שניתן לגרום באמצעות שימוש באינטרנט עמדה השופטת א' חיות: "פגיעה זו שבה עסקינן רותמת את הקידמה האנושית ואת חידושי הטכנולוגיה בתחום המיחשוב לשירות הפשע ומולידה סוג חדש ומסוכן של עבריינות שאין להקל בו ראש. עבריינות זו אינה כרוכה אומנם בפגיעה פיסית-מוחשית המותירה סימנים בגופו של הנפגע

והיא מתבצעת מרחוק ובלחיצת כפתור, אך פגיעתה רעה עד מאוד והיא נוגעת ברבדים שונים ובהם, כאמור, ביטחונו האישי ופרטיותו של הקורבן וכן קניינו, עסקיו וסודותיו המסחריים" (בש"פ 1439/06 זלטובסקי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (28.3.06)). כיוצא בדברים הללו אמר גם השופט (כתארו אז) א' גרוניס: "רשת האינטרנט מהווה כר פורה לביצוע פעילות עבריינית מסוגים ומינים שונים, ובין היתר פעילות המכוונת נגד ביטחון המדינה. אין להתעלם מכך שעידן האינטרנט הוביל להקלה משמעותית, מבחינה טכנית, בביצוע עבירות כגון קשירת קשר לביצוע דבר עבירה. כך, במקרה שלפנינו אין חולק כי ההיכרות בין ע' וס'... נעשתה באקראי דרך האינטרנט. כלומר, ייתכן שאלמלא המפגש האקראי באינטרנט לא היו השניים נפגשים וקושרים קשר לבצע את המעשים שתוארו בכתב האישום. הנה כי כן, המקרה דנא מדגים את הצורך להטיל ענישה מרתיעה על תופעות הלוואי השליליות והעבריניות שנלוו להתפתחויות הטכנולוגיות ברשת האינטרנט" (ע"פ 7430/10 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (5.2.12)). ישנן עוד דוגמאות לרוב, ודומה כי ידיעה שיפוטית היא זו, שהאינטרנט מנוצל גם לפשיעה חמורה ומסוכנת בקנה מידה נרחב.

30. פדופיליה היא רעה חולה באינטרנט. האם נאמר כי חומר פדופילי במרחב הוירטואלי אינו אלא אוסף של 'פיקסלים' – אין בו ממשות – ויד המשפט תקצר מלטפל בו? בפועל, בתי המשפט אינם עומדים מנגד, ומחילים את הוראות חוק העונשין על עבירות אשר מתבצעות באמצעות האינטרנט. הדבר אינו נעשה כמובן באופן אוטומטי לכל דבר ועניין, אלא לאחר בחינת היסוד העובדתי והנפשי כנדרש, על-פי נסיבותיו של כל עניין, ותוך ישום כללי המשפט הפלילי (ראו גישתו של אסף הרדוף הפשע המקוון 17 (2010) היוצא חוצץ נגד הגישה לפיה מאפייני האינטרנט שומטים את הקרקע מתחת לדין הפלילי. לפי גישתו, המארג האנליטי שעומד בבסיס התנהגות פלילית המתבצעת בסביבה פיזית מתקיים גם ברשת האינטרנט).

31. נחזור למשמעות "מקום... הימורים" בסעיף 229(א)(1) הנ"ל לחוק העונשין, שהמשטרה רשאית להורות על סגירתו. אם מדובר – כפסיקת בית המשפט לעניינים מינהליים – במקום פיזי ולא וירטואלי, כי אז הדעת נותנת שזו תהיה גם פרשנות "מקום... הימורים" בסעיף השכן, סעיף 228 לחוק העונשין. או אז, לא רק שהמשטרה לא תוכל להוציא צווים להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט, אלא שספק אם ניתן יהיה עוד להרשיע מי שמנהל באמצעות האינטרנט "מקום משחקים אסורים, או מקום לעריכת הגרלות או הימורים" (סעיף 228 לחוק העונשין). נמצאנו סותמים לכאורה את הגולל לא רק על הגבלת הגישה לאתרי הימורים בלתי-חוקיים באינטרנט, אלא גם על אכיפת איסור החזקה או ניהול אתרי אינטרנט של הימורים בלתי-חוקיים. זאת, עד שיבוא לציון גואל בדמותו של תיקון חקיקתי, במהרה – או שלא במהרה – בימינו.

32. לא זו אף זו, המונח "מקום" משמש בחקיקה בישראל בעבירות שונות ובהקשרים רבים. למשל: "מקום ציבורי" מוגדר בסעיף 34כד לחוק העונשין, ומצויין בכמה וכמה סעיפי עבירות ועונשים; פרק ג' בחלק המקדמי של חוק העונשין, עניינו ב"תחולת דיני העונשין לפי מקום עשיית העבירה" [ההדגשה שלי – נ' ס']. כיום נשענת סמכות השיפוט ביחס לקביעת מקום ביצועה של עבירה על תפיסת האינטרנט כ"מקום". מקום שבו נצפה אתר אינטרנט, או שנעשה בו שימוש, הריהו "מקום" המקים סמכות שיפוט. האם נדיר מעתה את האינטרנט מתחולת דיני העונשין משום שאיננו בא בגדר "מקום"? האם נתיר הפליה באינטרנט משום שאיננו נכלל בהגדרת "מקום ציבורי" בסעיף 2 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000?

(ראו למשל הכרעת דין מרשיעה בעבירה של תמיכה בארגון טרור שבוצעה באינטרנט, ובה נפסק כי זהו "מקום ציבורי": ת"פ (נצרת) 12641-11-10 מדינת ישראל נ' אבו סלים [פורסם בנבו] (סגנית הנשיא יונג-גפר) פיסקאות 47-56 (1.4.12)).

33. המשפט האזרחי נדרש גם הוא לעיתים מזומנות להחיל את המושג "מקום" על האינטרנט. סמכות השיפוט המקומית – נפסק לא אחת – לגבי תביעות שעילתן באינטרנט, נתונה לבתי המשפט ברחבי הארץ כולה. למשל, בתביעה על הפרת זכות יוצרים וקנין רוחני בפרסום באתר אינטרנט של חנות וירטואלית למכירת כלי בית ומתנות, נקבע ש"התמונה הוצגה באינטרנט, דהיינו, בכל מקום

ומקום בתחומי מדינת ישראל. ממילא הרי ברור כי מקום המחדל היה בכל המדינה וממילא בכל מחוז ומחוז... הסמכות המקומית משתרעת על כל תחומי מדינת ישראל" (דברי השופט א' טננבוים בב"ש (שלום י-ם) 8033/06 שטיינברג נ' לוי [פורסם בנבו] (10.4.2007). דבריו אלו ב'כובעו' כשופט אינם עולים בקנה אחד עם דבריו בכובעו כ'מלומד', דברים תקיפים במאמרו הנ"ל כי "אתר אינטרנט איננו מקום", אשר עליהם הסתמך בית המשפט לעניינים מינהליים בפסק הדין נשוא הערעור (פיסקה 37)). ודוק: כל החלופות המנויות בתקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, נוקטות לשון "מקום" (מקום מגורים, מקום העסק, מקום יצירת ההתחייבות, מקום שנועד לקיום ההתחייבות, מקום מסירת הנכס, מקום המעשה או המחדל). היעלה על הדעת להוציא את האינטרנט מתחום סמכות השיפוט המקומית כי איננו בא בגדר "מקום"?

34. מפאת קוצר היריעה ובהעדר טיעון ממצה, אין ניתן לומר באחריות שכל אימת שהמונח "מקום" מופיע בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה הרי שמן הראוי להחילו גם על אינטרנט. יתכן ויימצאו יוצאים מן הכלל, זעיר פה זעיר שם, אך הכלל צריך להורות כי אינטרנט בא בגדרו של "מקום". הטיעון של איגוד האינטרנט הישראלי, שהתקבל על דעתו של בית המשפט לעניינים מינהליים, כי לפי האמת, ולפי הגדרתו המילונית, המרחב הוירטואלי איננו "מקום", איננו משכנע דיו. הלכה פסוקה, מושרשת וידועה היא זו ש"מילותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק" (דברי השופט (כתארו אז) א' ברק בע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427 (1980)). שם נקבע כי "הבורח ממשמורת חוקית", איננו רק אסיר שנמלט באופן פיזי מבית הסוהר, אלא גם אסיר שלא שב מחופשה: "ניתן לטעון, כי עניין לנו בהוראה פלילית,

וכי יש לפרשה על דרך הצמצום, תוך מתן משמעות 'פיסית' בלבד לביטויים 'משמורת' ו'בריחה'. אין בידי לקבל קו מחשבה זה. חוק פלילי, כמו כל חוק אחר, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה" (שם).

לא נס ליחם של הדברים הללו, הם ישימים גם לענייננו, ואף מכוח קל וחומר: שם דובר בעבירה פלילית, עניינו כאן באמצעי מינהלי.

35. עולם המשפט אינו ערוך עדיין, כאמור, במיטבו, לקדם את פני האינטרנט, כך גם עולם הלשון. המונחים המשמשים אותנו במרחב הוירטואלי הריהם שאולים מן העולם המוחשי. באינטרנט משמש אותנו "שולחן עבודה"; המשתמש "גוזר" ו"מעתיק", "מדביק" ו"מוחק", "כותב" "פתקים", "מאחסן" ב"תיקיות", "שולח" ל"סל המיחזור" ומקבל ל"תיבת הדואר" "מסמכים" ו"דואר זבל". על רקע זה, "מקום" כלל וכלל איננו חריג. לא תהא זו סטיה מ'עקרון החוקיות', ולא מכללי הפרשנות, אם נקבע כי "מקום" מכיל בקִרבו גם את המרחב הוירטואלי, ואוצֵר במשמעו גם אתר אינטרנט. ואם בשגרת הלשון אנחנו מדברים על "אתר" אינטרנט, הבה נזכור את משמעותו המילונית ואת מקורו התלמודי (בבלי, זבחים ז, א): 'אתר' הוא 'מקום'.

36. הנה כי כן, בבואנו לפרש את הוראת סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין אינני רואה הצדקה לגישה דווקנית ומצמצמת, לפרשנות "מקום" כמקום פיזי בלבד. בעת המודרנית הנוכחית, גם אתר אינטרנט הוא סוג של מקום. לשונו של הסעיף סובלת גם את סיווגו של המרחב הוירטואלי – או אולי מוטב נקרא לו "מרחב ממוחשב" – כ"מקום".

37. מן הלשון אל התכלית: בעניין תשעים הכדורים, ציין השופט (כתארו אז) א' גרוניס את תכלית האיסור על משחקים אסורים, את המטרה הערכית, אדם לעמל יולד, ולא להתעשרות קלה התלויה בגורל. התמכרות להימורים היא נגע קשה ופגיעתו רעה לפרט, למשפחתו ולחברה כולה. קדם לחוק העונשין, החוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), תשכ"ד-1964,

וקדם לשופט גרוניס השופט חיים כהן, ואֵלו הם דבריו על כוונת המחוקק בחוק הקודם:

> "כוונת המחוקק, כפי שהיא עולה ברורות מטיב החוק ולשונו, היא להילחם, בדרך הטלת דיני העונשין, בנגע של הגרלות והימורים – הוא הנגע של זכיה בכסף או בשווה-כסף שלא ביגיע כפיים או בתמורה סבירה אחרת, כי אם במזל הגורל. בצדק הזכירנו מר טרלו

> את העובדה הידועה לכל בר-בי-רב, כי יצר לב האדם רע הוא לנסות מזלו במשחקי גורל; ואין צורך בחוש מסחרי מפותח במיוחד כדי להעריך את סיכויי הריווחיות המרובים אשר הם טמונים בניצולה המסחרי של נטיה טבעית אנושית זאת. אמר מר טרלו, ואני מסכים עמו, שניצול מסחרי זה, על כל צורותיו השונות, מביא לידי דימורליזציה; אוסיף ואומר מצדי כי המעוות אשר החוק בא לתקנו אינו רק עידוד השאיפה להתעשרות קלה ולא בעמל ובמשפט, כי אם גם – ואולי בעיקר – שימת המכשול בפני עיוור, שבמקום שיוציא אדם את כספו למחייתו ולמחיית ביתו, מניחו על הקרן הצבי של המזל" (בג"ץ 131/65 סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט(2) 369, 376 (1965)).

38. עינינו הרואות, הנגע הזה אינו חדש עמנו. להלן עדות נאמנה על התופעה ועל נזקיה, עוד מלפני מאתיים שנה, בתיאור גורלם של המשחקים בקוביה: "... וגם בזה רבו המתפרצים, אשר זה דרכם כסל למו ואומנותם בכך לאבד כמה לילות וכמה ימים בשחוק, בבתים ובגגות ובקרנות, ומשקיעים כמה ממון וכמה נפשות עד שיש שמכלים את ממונם. אף אם כביר מצאה ידם, לכל יש מוצא וסוף שגוזלין וחומסין ובני ביתם מוטלים ברעב; עוללים שאלו לחם ופורש אין להם, שאין מתעסקין בישובו של עולם להביא טרף לביתם. ועבירה גוררת עבירה, שמבטלים תפילות ומצוות, כי בעידנא דיצר-הרע תוקפם ועומדים בשחוק, קשה להם לפרוש הימנו יותר מפרישת הצפורן מן הבשר, ועל חייהם אינם חסים ואין מפנים עצמם מן השחוק אפילו לאכול בשעת אכילה ולישון בשעת שינה, ומי שהורגל במנהג הרע של השחוק, גם כי יזקין לא יסור ממנו, אם לא שבכוח יגבר איש" (ר' אליעזר פאפו, "פלא יועץ", קושטא, תקפ"ד). אדם השקוע בהימורים הולך מדחי אל דחי, כמתואר בפיוט שלהלן, שמחברו אינו ידוע:

הַמְשַׂחֵק בְּקוּבְיָא מַכָּתוֹ טְרִיָּה וְאַחֲרִיתוֹ שְׁאִיָּה יְקֻלַּל בַּשָּׁעָרִים

יְפַזֵּר מָמוֹנוֹ וְיוֹסִיף עָוֹנוֹ גַּם מוֹרֵד בְּקוֹנוֹ בְּשִׁבּוּעוֹת שְׁקָרִים

יַחְשׁוֹב כִּי יַרְוִיחַ וּלְעוֹלָם לא יַצְלִיחַ וּבְיָמָיו לא יַפְרִיחַ כִּי אַחֲרִיתוֹ מְרוֹרִים

יֹאכַל בְּחִפָּזוֹן בְּלִי בִּרְכַּת מָזוֹן גַּם יִמְצָא רָזוֹן כְּעִנּוּי כְּפוּרִים

יֵלֵךְ מֵעִיר לְעִיר מְקוֹמוֹ לא יָאִיר וְהוּא עָנִי וְצָעִיר מְדַלֵּג עַל הָרִים

רֹאשׁוֹ פָּרוּעַ וּבִגְדּוֹ קָרוּעַ כִּי רוֹעַ יֵרוֹעַ לַעֲצָמוֹ וְלַאֲחֵרִים

כָּל אַנְשֵׁי בֵיתוֹ שׂוֹנְאִים אוֹתוֹ וּמְצַפִּים יוֹם מוֹתוֹ בְּשִׂמְחָה וּבְשִׁירִים

וְהַשּׂוֹחֵק בַּזָּר מִבֵּיתוֹ נִגְזַר וּלְאֶחָיו מוּזָר וְחָבֵר לַנָּכְרִים

הַשּׂוֹחֵק בְּשִׂחֲתִים יַפְסִיד פִּי שְׁנַיִם וּמְאַבֵּד הַיְרֻשָּׁה וְיוּבַל לְקִבָּרִים

הַשּׂוֹחֵק בְּפָאפַאת לָעַד לא יִשְׂבַּע פַּת לא יִזְכֶּה לְחֻפַּת בָּנָיו הַסּוֹרְרִים

יָשׁוּב עַד דַּכָּא בְּשֶׁבֶר וּבְמַכָּה בְּפֶסַח וְסֻכָּה יְבַקֵּשׁ הַפּוּרִים

בְּלִי קְרִיאַת שְׁמַע בְּהֶפְסֵד יִטָּמַע וְגַם אִשְׁתּוֹ תִּדְמַע תִּבְכֶּה בְּמִסְתָּרִים

וּמַרְבֶּה אֵיבָה קְטָטָה וּמְרִיבָה וְעַד זְקֻנָה וְשֵׂיבָה יִמְאַס בּוֹ הָעִבְרִים

וְיִגְזֹל עֶמְיתוֹ וּמְבַטֵּל עֵדוּתוֹ וּמְנַדֵּד שְׁנָתוֹ מֵעֶרֶב עַד שְׁחָרִים

וְהַמּוֹאֵס בָּהֶם בַּל יֵשֵׁב עִמָּהֶם נוֹטֵל חֶלְקֵיהֶם בְּגַן עֵדֶן שְׁמוּרִים.

39. מן ההיסטוריה החקיקתית למדנו כי בשנת 1975 הוסיף המחוקק לחוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), תשכ"ד-1964, הוראה המקנה למפקד מחוז במשטרה סמכות להורות בצו על סגירתו של "מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים" (ס"ח תשל"ה מס' 779, 222). על-פי המבוא לדברי ההסבר להצעת החוק, המחוקק לא הסתפק בסנקציה הפלילית הקיימת, וביקש לאפשר צעד מניעתי, סגירת מקום שבו נערכים משחקים אסורים:

"החוק הקיים מטיל עונש על המחזיק או מנהל מקום לעריכת משחקים בקלפים, בקוביות, במכונות משחק וכיוצא באלה, אך אין החוק מונע עצם קיומו של מקום כאמור... החוק המוצע מבקש לקבוע את ההוראות ... בחוק שנועד במישרין לטפל בתופעות הפשיעה המשגשגות במועדונים אלה, ולהקנות סמכות למנוע מראש פתיחתם של עסקים העלולים לפגוע בשלום הציבור ולהביא לעבריינות. הוא גם מציע להחמיר בעונשים ולהתאימם למצב הקיים" (ה"ח תשל"ה מס' 1144, 14). אגב: בדברי ההסבר דובר על סגירתו של "מקום פלוני". על רקע האמור לעיל, אין זה מן הנמנע לומר כי מקום פלוני צופן בחובו גם אינטרנט. זהו מקום שבו האנונימיות נשמרת ואיננו יודעים מיהו בעל האתר, מיהם המשתמשים, ואף איננו יודעים מהו אותו מקום ומהו מיקומו, כיאה לאינטרנט; כולם בגדר "פלוני אלמוני".

40. פגיעתם הרעה של ההימורים באינטרנט עולה לאין ערוך על זו של אֵלו שנעשים במקום פיזי. לכל רבדי האוכלוסיה יש נגישות לאתרי הימורים באינטרנט, מגדול ועד קטן, עשירים ועניים, ישרי-דרך ורמאים, חכמים ופסולי-דין. בלחיצת כפתור ובהקשת מקש יכול כל בר-בי-רב דחד יומא להמר באינטרנט; לא רק נגישות, אלא גם זמינות: בכל עת ובכל שעה. ניתן כידוע גם להסוות את הזהות ולעשות שימוש בשאר מאפייני המרחב הוירטואלי. כל אלה גורמים להעצמת התופעה ושלל נזקיה: התמכרות, הפסד ממון רב, הלבנת הון, העלמת מס, פשיעה נלווית, ועוד. בית הימורים פיזי גדול יכול לאפשר כניסה למאות, אולי לאלפי לקוחות. האינטרנט לא ידמה ולא ישווה לו. מיליוני אנשים יכולים להסתופף בבית ההימורים הזה. בסדרי הגודל הללו עולה גם מספר הקורבנות; ובטור הנדסי, גם סכום הכסף המונח על קרן הצבי.

41. בחוקקו את סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין אכן לא צפה המחוקק את האינטרנט, וממילא לא כיוון במחשבתו להימורים בלתי-חוקיים שייעשו בו. ברם, ניכר כי תכלית החקיקה היא למנוע

את ההימורים הבלתי-חוקיים, יהא מיקומם כאשר יהא. המרדף המשטרתי אחר העבריינים לא יֵעצר על סִפּוֹ של המרחב

הוירטואלי; רשת האינטרנט לא תהיה לעיר מקלט. העיקר איננו נעוץ בפלטפורמה שבה מבוצעים ההימורים הבלתי-חוקיים, אלא בהם עצמם. "אל תסתכל בקנקן אלא במה שיש בו" (משנה, אבות ד, כ). אם קיימת יכולת טכנית לסגור את מקום ההימורים, גם אם הסגירה אינה הרמטית, אלא בדמות מניעת גישה, הרי שיש להגשים את תכלית החקיקה, ככל שהדבר אכן ניתן, באמצעות פרשנות הולמת. ואם נניח, שוב, כי מדובר במקום פיזי, כי אז ההימורים הבלתי-חוקיים לא צריכים להתבצע דווקא בתוך מבנה סגור. לדוגמה: שטח רחב היקף שבתוכו מתבצעים הימורים בלתי-חוקיים. ניתן להורות על סגירתו. ניתן לבצע זאת בדרך של מניעת הגישה דרך השער. המשטרה תהא רשאית לסגור את השער ולמנוע גישה אל המרחב המשמש לפעילות העבריינית. בדומה, גם האינטרנט הוא מרחב: מרחב ממוחשב (יש מי שהשתמשו בביטוי "מרחב ציבורי גלובלי". ראו: Jurgen Habermas, The Sturcutural Transformation of the Public Sphere (Thomas Burger & Frederick Lawrence translations (1989));
טל סמואל-עזרן "מרחב ציבורי גלובלי באינטרנט: פוטנציאל ומגבלות" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מדע 433, 434 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, התשע"א)). הכניסה אל המרחב הממוחשב נעשית גם היא דרך שער. השער הוא ספק הגישה ומפעיל אתר האינטרנט. הכניסה אמנם איננה כניסה פיזית, ובפועל מדובר בתקשורת בין מחשבים, אך אין לכך נפקות, מכיוון שלא ההגדרה הטכנולוגית היא המכריעה את הכף בשאלה הפרשנית.

42. המשפט העברי ישׂפילנו: התורה ניתנה במעמד הר סיני, בעולם קדום. הטכנולוגיה המודרנית ועידן האינטרנט לא היו אז אפילו בגדר חלום. ברם, התורה מבקשת להתאים עצמה למציאות ימי ההווה והעתיד באמצעות פרשנות, שאם לא כן תהיה לאות מתה במקום לתורת חיים. הפרשנות מבקשת לדבוק בלשון, על מנת

לקיים את דברי הא-ל ולא לסטות מהם כלל. דווקא מתוך מגמה זו, לא ראו חז"ל כל קושי בפירוש מונחים כגון שור או חמור או גמל, אשר שימשו למלאכה ולתעבורה בימים ההם, באופן שיותאמו למציאות של כלי רכב ומטוסים. זהו צורך השעה, שאם לא כן ההלכה לא תהיה רלוונטית, והחוק יאבד את ערכו הממשי. יפים לענייננו דבריו של הרב א' ליכטנשטיין, ולאורם מן הראוי לילך:

> "במציאות הטכנולוגית המתפתחת, גוברת בהתמדה היכולת להסב נזקים, פיסיים או אפילו וירטואליים, של ממש בלי להתחייב על-פי

> הקריטריונים של הרמב"ן או של הר"י. הנזקים יכולים להיות יותר מופשטים ותהליך הנזק יותר עקיף מהרף המינימאלי הנדרש לחייב מדין גרמי – ואף על-פי כן, התוצאה חמורה למדי.
>
> יוכל גנב למדן ומבריק לתכנן ולבצע שוד מושלם, בעזרת מערכת כלי פריצה של גרמא, מבלי להסתבך, לדוגלים בשיטה זו, בנזק ישיר או גרמי. הנתמיד בפטור תרחיש כזה על יסוד גרמא בנזיקין?...
>
> הבקשה שטוחה, הסמכות קיימת והעיניים נשואות. במידה ויעלה ביד גדולי הפוסקים לתקן בנידון, הם יצליחו לגדור פירצה חברתית של ממש, ואף ישכילו, בד בבד, להרים קרנה של תורה" (שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי, 200 (תש"ס); ראו גם את דברי השופט נ' הנדל בפיסקה 6 לעניין פלוני).

43. עד כאן על הלשון ועל התכלית. מכאן לקשיים אשר עליהם עמד בית המשפט לעניינים מינהליים בפסק דינו נשוא ערעור זה ביישום החוק על המרחב הוירטואלי, וגם אלה הובילוהו למסקנה כי למחוקק פתרונים – לא לבית המשפט – וכי מן הראוי להמתין להסדר חקיקתי.

44. קושי עיקרי הוא זה שהגבלת הגישה לאתרי ההימורים באינטרנט נעשית על-פי הצווים הנדונים באמצעות צד שלישי, הוא ספק הגישה. לשיטת בית המשפט לעניינים מינהליים – בהתבסס על טענת איגוד האינטרנט הישראלי – החוק מקנה סמכות לסגור מקום, אך אינו מקנה סמכות להורות לצד ג' למנוע גישה לאתר אינטרנט. זו טענה כבדת משקל. אחריותם המשפטית של ספקי הגישה לאינטרנט מעוררת שאלות בתחומי משפט שונים. כך למשל נפסק בעניין מור כי הספק אינו חייב לחשוף את זהותם של

'טוקבקיסטים' אנונימיים, תוך קריאה למחוקק להסדיר סוגיה זו. בדומה נפסק בעניין פלוני כי לא ניתן לחייב את הספק לגלות את פרטי בעל האתר המפר זכויות יוצרים לשם הגשת תביעה בגין ההפרה. גם פסיקה זו לוותה בקריאה למחוקק להסדיר את הסוגיה. יחד עם זאת נפסק כי אם העניין לא יבוא על תיקונו בחקיקה, יצטרך בית המשפט ליתן מענה פסיקתי, והוצגו דוקטרינות משפטיות אשר מאפשרות

להשלים את החסר. ענייננו-שלנו שונה. כאן לא ניתן לומר כי אין סעיף בחוק אשר מקנה סמכות. אין צורך בהסדרה ראשונית של הסוגיה. פרשנות הסעיף מובילה למסקנה כדלעיל, כי הוא אכן חל גם על המרחב הוירטואלי. סוגיות משפטיות הקשורות לספק הגישה עשויות לקבל מענה הולם באופן הפעלת סמכות המשטרה להורות על הגבלת הגישה לאתרי הימורים; לעובדת קיומם של קשיים אין לייחס מעמד מכריע בשאלת עצם קיומה של סמכות.

45. דומני כי יש גם הפרזה בתיאור הקשיים המשפטיים שבהגבלת הגישה לאתרי ההימורים באמצעות ספקי הגישה. ראשית, שימוש בצד שלישי לצורך מימוש הליך פלילי, אינו דבר פסול. הדין מכיר בו, למשל במה שנוגע להזמנה להציג חפץ אשר נחוץ לצרכי חקירה או משפט (סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969). שנית, ספקי הגישה נושאים באחריות ציבורית, בשים לב לרישיון שהוענק להם מטעם המדינה, הם גם יושבים על צומת מרכזי ("Internet" points of control), ובנסיבות אלה מוצדקת הפעלת צווי הגבלת הגישה באמצעותם. שלישית, נראה כי אם היה מדובר בסגירת מקום פיזי על-ידי המשטרה, בסיוע צד ג', הדבר לא היה מעורר קושי רב. ב"כ המדינה הדגימו את העניין בהקשר אחר באופן הבא: בוילה מבודדת נערכים הימורים בלתי-חוקיים. על דרך הגישה אל הוילה מופקד שומר. האם המשטרה אינה רשאית להורות לאותו שומר למנוע את כניסתם של המהמרים אל הדרך המוליכה אל הוילה? רביעית, צו מאת המשטרה המופנה אל ספק הגישה ומורה לו להגביל גישה לאתרי הימורים בלתי-חוקיים, אינו מטיל עליו לערוך חקירה ודרישה, אינו פוגע שלא כדין בזכויותיו, אלא אך מורה לו "לבצע פעולה טכנית שאינה מערבת כל שיקול דעת, של חסימת אתר לפי כתובת IP מסויימת, המצויינת באופן מפורש בצו" (סעיף 41 לסיכומי המדינה). הפסיקה הדגישה כי הטלת

אחריות משפטית על הספק מעוררת שאלות שראויות להסדרה בחקיקה (ראו: רחל אלקלעי "האחריות האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק" המשפט ו 151, 154; ראו שם התייחסות לדו"ח ועדת המשנה של הכנסת לתקשוב ומידע ביחס לצורך בהסדר חקיקתי, עמוד 154). ברם, המצב בענייננו אינו כזה המתואר שם. איננו קובעים שעל ספקי הגישה מוטלת אחריות משפטית למנוע, מיוזמתם, גישה לאתרים המשמשים להימורים בלתי-חוקיים. יתרה מזו, אין

בפסיקתנו כדי למנוע במצבים המתאימים מאת ספק הגישה לפנות בעתירה לבית המשפט על מנת להעמיד את הצו לביקורת שיפוטית. זכות זו מעוגנת בסעיף 5(1) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (פרט מספר 7 לתוספת הראשונה); כזכור, ספקי הגישה לא מימשו את זכותם זו ולא עתרו נגד הצו.

46. איגוד האינטרנט הישראלי טוען כי מדובר ב"מהלך חסר תקדים וחריג" (עמוד 1 לסיכומים); ולא היא. בית המשפט לעניינים מינהליים הכיר בכך שהגבלת גישה לאתרי אינטרנט המשמשים להימורים היא פרקטיקה מקובלת בעולם: "הרצון למזער את הנזקים מהשימושים השליליים הוביל רשויות, גם כאלו ממדינות דמוקרטיות וליברליות, לנקוט באמצעים שונים כנגד אתרים התומכים בפעילויות אנטי-סוציאליות (ראו: Betting on the net: An analysis of the Government's role in addressing internet gambling, Federal communications law journal, Vol. 51 (14.3.1999)). אחד מאותם אמצעים הינו חסימת גישה לאתרים המהווים כר לפעילות בלתי חוקית, זאת באמצעים טכנולוגיים שונים..." (פיסקה 19 לפסק הדין). באוסטרליה נחקק בשנת 2001 חוק הקובע כי "ספקיות הגישה יחסמו גישה לאתרי הימורים בלתי חוקיים במידה ויקבלו דרישה מפורשת מהרשות..."; בתנאים שנקבעו ב- Interactive Gambling Bill 2001. בארצות הברית נחקק בשנת 2006 חוק האוסר על הימורים באינטרנט, Gambling Enforcement Act of 2006) (Unlawful Internet ונקבעה בו בין היתר הוראה על חסימת גישה לאתרי הימורים על-ידי ספקיות הגישה באמצעות צו של בית המשפט, בהתקיים התנאים המנויים שם (פיסקאות 54-55 לפסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים).

47. מקובלות בעולם הגבלות נוספות. אמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב משנת 2001 (Convention on Cybercrime - Council of Europe), עוסקת באימוץ חקיקה שמטרתה להגן על החברה מפני

פשעים המתבצעים באינטרנט (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm). נקבע בה בין היתר כי כל צד לאמנה יאמץ אמצעים חקיקתיים וינקוט בצעדים נוספים ככל שיהיה צורך בכך, על מנת לבסס עבירה פלילית בדבר פורנוגרפיה של ילדים המופצת

באמצעות רשת מחשבים בוריאציות שונות (Article 9). בשוודיה נחקק בשנת 1998 חוק שעניינו באחריות באשר ללוחות מודעות אלקטרוניים, ביניהם סוגים שונים של דפי אינטרנט ((Act (1998:112 on Responsibility for Electronic Bulletin Boards. החוק מורה לספקי שירות שמאחסנים מידע (להבדיל מספקי גישה לאינטרנט) להפוך תוכן שאיננו חוקי לבלתי נגיש, או להסיר את התוכן, תוך הפניה למספר סעיפים בחוק העונשין שם, כדוגמת הסתה לגזענות או פורנוגרפיה של ילדים (http://www.nai.uu.se/forum/about-nai-forum-1/SFS-1998_112-Act_E-boards.pdf).

48. באוסטרליה נוסדה רשות בשם Australian Communications and Media Authority וזו אחראית בין היתר על הסדרת התוכן באינטרנט. הרשות מוסמכת לפתוח בחקירה באשר לתכנים אסורים פוטנציאליים המופיעים באינטרנט לפי דרגות שונות שנקבעו שם, ולהוציא לספקיות הגישה "הודעת התראה והסרה" ביחס לתכני אתרי אינטרנט המשמשים להימורים בלתי חוקיים. באיטליה, מאז שנת 2006, מוטל איסור על הימורים באינטרנט, למעט באמצעות אתרים מורשים. ספקיות הגישה לאינטרנט נדרשות להגביל את הגישה לאתרים בלתי מורשים הנכללים ב"רשימה שחורה" אשר נערכת על-ידי גוף מינהלי: Autonomous Administration of State Monopolies (http: www.aams.gov.it/site.php?id=6560). כמסתבר, אכן, הגבלת גישה לאתרי אינטרנט המשמשים להימורים, היא דבר מקובל, לעיתים על-פי הוראה של גוף מינהלי, לא תמיד יש צורך מלכתחילה במעורבות של ערכאה שיפוטית, ואין הכרח שתקדם חקירה פלילית להנחיה המינהלית. מדינות העולם מכירות בנחיצות להטיל מגבלות על ביצוע פעולות אסורות באינטרנט. מדינת ישראל איננה חלוצה בתחום זה.

49. מדיניותה של המשטרה באופן הפעלת הסמכות היא זהירה. אגף החקירות והמודיעין מכין את התשתית הנדרשת לקראת הוצאת

הצו. היועץ המשפטי של המשטרה בוחן את החומר, וכן גם פרקליטות המדינה. עובר להוצאת הצו ניתנת זכות טיעון לספקי הגישה ולמפעילי האתרים. החלטה על הוצאת הצו ניתנת בדרג של מפקד מחוז. מי שרואה עצמו נפגע, רשאי להגיש בקשה לעיון חוזר, ואחר כל זאת, כאמור, גם לעתור לבית המשפט. לאחר הוצאת הצו בוחנת המשטרה מעת לעת, ושוקלת לכל הפחות אחת לחודש-ימים, האם

להותיר את הצו בתוקפו, לבטלו או לשנותו. על רקע זה, אם המשטרה מורה לצד ג', על-פי סמכותה, לסייע לה במניעת ביצוע עבירה, ואם הלה מסכים, מדוע שבית המשפט ימנע אותו מלעשות כן? אם אותו ספק גישה ירצה להתנגד, דלתו של בית המשפט פתוחה לפניו על מנת לשמוע את טענותיו.

50. הוא אשר אמרנו: הסמכות קיימת; אופן הפעלתה מסור לשיקול דעת, וכפוף לביקורת שיפוטית. אֵילו הם שסתומי בטחון שבכוחם להתגבר על קשיים אפשריים. דא עקא, כזכור, ספקי הגישה לא פנו כלל לבית המשפט, במובן זה אכן מתעבר איגוד האינטרנט על ריב לא לו (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש – עשרה, פ"ד נז(2) 62 (2003)). ממילא, משלא הונחה תשתית עובדתית נאותה, אין אפשרות מעשית ולא צורך משפטי להרחיב עוד את היריעה בסוגיה זו.

51. בית המשפט לעניינים מינהליים ציין כי הגבלת גישה על-פי הצווים הנדונים יכולה לגרום לחסימת אתרים תמימים. ב"כ המדינה השיבו על טענה זו כי מבחינה טכנולוגית החשש הוא זניח, שכן ניתן לבצע זיהוי בין כתובת ה- I.P לבין כתובת האתר - URL באופן שימנע הגבלת גישה לאתרים תמימים. כשלעצמי אינני רואה צורך להכריע בעניין זה שלא לובן בבית המשפט לעניינים מינהליים. המדינה תוכל ליתן דעתה על טענות אלו במסגרת שיקול הדעת בהפעלת הסמכות. בהכנת הצו על המשטרה לוודא כי ביצועו על-ידי ספק הגישה לא יפגע באתרים תמימים, אלא יגביל את הגישה רק לאתר שאליו נועד. במצבים שבהם אין ניתן שלא לפגוע באתרים תמימים, כתוצאה נלווית מהגבלת הגישה לאתר הימורים, ככל שישנם מצבים כאלה כטענת איגוד האינטרנט הישראלי, הרי שאז לא ניתן יהיה להורות על הגבלת הגישה לאתר. הדעת נותנת, כי ספק שירצה

להימנע מפגיעה באתרים תמימים יעלה את טענותיו במסגרת זכות הטיעון שניתנה, או בבקשה לעיון חוזר, או בעתירה לבית המשפט.

52. איגוד האינטרנט הישראלי טען גם על חוסר היעילות שבהגבלת הגישה, ולעומתו השיבו ב"כ המדינה כי טענה זו עומדת בסתירה חזיתית לטענות איגוד האינטרנט הישראלי על הפגיעה הנגרמת בעטיים של צווי הגבלת הגישה: אם הצווים אינם יעילים, ממילא אין פגיעה. מכל מקום, לבית המשפט אין

מומחיות בשאלת יעילותם של הצווים. עמדתה של משטרת ישראל – הגוף המקצועי המופקד על העניין – היא כי לצווים יש השפעה של ממש, וכי מדובר בכלי אפקטיבי נוסף נגד ההימורים הבלתי חוקיים באינטרנט. משטרת ישראל מודעת לאופנים שבהם ניתן לנסות 'לעקוף' את הצווים (למשל: שינוי כתובת האתר (URL) או כתובת ה- IP שלו), אך ישנן עלויות לדבר הזה, לא כל משתמשי הקצה יודעים לעשות כן, ולמשטרה גם יש כלים להתמודד עם ניסיונות ה'עקיפה'. אכן, קשיי האכיפה אינם אופייניים דווקא למרחב הווירטואלי, זהו מצב הדברים בכל תחומי הפשיעה: "בתחבולות תעשה לך מלחמה" (משלי כד, ו).

53. בית המשפט לעניינים מינהליים התקשה לא רק לגבי ה"מקום", אלא גם לגבי "סגירתו", כלשון סעיף 229(א)(1) הנ"ל. לפי פסיקתו, "סגירה היא דבר אחד – וחסימת גישה היא דבר אחר" (פיסקה 41), ו"גם פרשנות מרחיבה לחוק, אין ביכולתה להקנות למפקד המשטרה סמכויות שלא מוזכרות בו" (שם). דעתי-שלי שונה. עניינו ב'מרובה המחזיק את המועט'. אם מוסמכת המשטרה לסגור כליל אתרי הימורים בלתי-חוקיים באינטרנט, לבטח היא מוסמכת לחסום או להגביל את הגישה אליהם. זהו אמצעי פוגעני במידה פחותה. סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, מורה כי "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". הסמכה לסגור (ולא כל שכן כשהסגירה אינה אפשרית), משמעה גם מתן סמכויות לחסימת הגישה.

54. איגוד האינטרנט הישראלי טען נגד הבעת עמדות שונות ומנוגדות מפי נציגים מטעם המדינה במסגרת הדיונים להסדרת הסוגיה בחקיקה. יתכן שכך הוא, ומוטב היה אילו דיברו בקול אחד, אך בל נשכח כי מדובר בנושא שמעורר לבטים אמיתיים. אין זה מן הנמנע, אפוא, להחליף דעות וכיווני מחשבה ולהפרות את הדיון.

העמדה המחייבת את נציגי המדינה בסופו של דבר היא זו של היועץ המשפטי לממשלה, ובשמו נטען בערעור דנן. מבלי לגרוע מטענותיה כאן, הגישה המדינה גם הצעת חוק על מנת להבהיר את מצב הדברים, אך אין לדעת כיצד יתקדמו הליכי החקיקה. כיוצא בזה, לגבי 4 הצעות-חוק קודמות שהונחו על שולחנה של הכנסת. כל אחת מהן ביקשה להעניק למשטרה סמכות מפורשת להורות לספקי הגישה לחסום גישה לאתרי הימורים באינטרנט, ואף אחת

מהן לא התגבשה לכדי דבר-חקיקה. חברי כנסת הביעו דעות שונות, אך אינני סבור כי ניתן לדלות מן הדברים הללו מסקנה ברורה על כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, כפי שעשה בית המשפט לעניינים מינהליים: "העובדה כי המחוקק דן בהצעת החוק לגופה והחליט לא לאמצה, מלמדת כי כוונתו הסובייקטיבית הייתה שלא להחיל את עקרונותיה בפועל... הכוונה הסובייקטיבית והקונקרטית של המחוקק בעניין דנן, מלמדת כי ביקש שלא ליתן למפקד המחוז סמכות לחסום גישה לאתרי הימורים על-פי שיקול דעתו" (פיסקה 61). גבי דידי, אין זו מסקנה מוכרחת כלל וכלל. לפי האמור בפרוטוקול, סברו חלק מחברי הכנסת כי אין צורך בחקיקה כלל, וכי הסמכות נתונה גם כיום. לאור הדברים המגוונים שנאמרו שם, ישנן גם אפשרויות נוספות. בסכמו את הדיון העלה יו"ר הוועדה את הקשיים שצוינו, אך המגמה היתה לקיים דיון נוסף. על כל פנים, אין ניתן להתבסס על מקטע צר של הליכי חקיקה ועל קומץ של חברי כנסת הנמנים על חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לצורך גיבוש תפישה על כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק.

סוף דבר

55. אינני סבור כי הייתה הצדקה לביטול הצווים שהוציאה המשטרה, על דעת פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט.

ראשית, זכות העמידה של איגוד האינטרנט הישראלי בעתירה זו, מוטלת בספק; שנית, הפגיעה הנטענת בחופש הביטוי, כלל וכלל איננה 'כצעקתה'; שלישית, העיקר הוא, כי יש בהוראת סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין הסמכה למשטרה להוצאת הצווים. כך על-פי לשון הסעיף, הגיונו, ההיסטוריה החקיקתית ותכלית החקיקה.

אציע אפוא לחברַי לבטל את פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים ולהורות על השבת הצווים להגבלת הגישה לאתרי הימורים באינטרנט על כנם.

הערה

56. למקרא חוות דעתו של חברי, השופט ע' פוגלמן, דומני כי החמיר קמעא עם המדינה באשר לשימוש בצד ג' – ספקי הגישה – לצורך הפעלת הסמכות שלפי סעיף 229 לחוק. נדרשתי לכך בפסקאות 44-45 לעיל. אוסיף אך זאת: חברי מזכיר את ההבחנה הידועה בין אצילת סמכות, הכוללת גם הפעלת שיקול דעת, לבין הֶעזרות בעניינים טכניים הקשורים להפעלת הסמכות. חברי מכיר בכך שספקי הגישה לא נדרשו להפעיל שיקול דעת, והמשטרה ביקשה רק להסתייע בהם לשם ביצוע סמכותה. מדובר בפעולה טכנית של חסימת אתר לפי כתובת IP המצויינת בצו. ברם, לדעת חברי, עדיין נדרש להוכיח כי ספקי הגישה מסכימים להיות לה, למשטרה, לעזר; וכי משהטילה המשטרה חובה על ספקי הגישה, שוב אין זו הסתייעות.

דעתי שונה. ראשית, נניח כי מפקד מחוז במשטרה מבקש להורות על סגירת חדר הואיל והוא משמש במקום הימורים. לשם כך הוא מורה לצד ג', המחזיק במפתחות לאותו חדר, לנעול את החדר, מבלי לבקש את הסכמתו. האם יש פסול בדבר הזה? אם מקום ההימורים לא היה באתר אינטרנט אלא בחדר בבית מלון, האם לא היתה המשטרה מוסמכת להורות לפקיד הקבלה לסייע לה בהפעלת סמכותה, לסגור אותו חדר או לפתחו? האם נדרש לשם כך תיקון חקיקתי?

שנית, כאמור בפסקה 49 לעיל, עובר להוצאת הצו ניתנת לספקי הגישה זכות טיעון; נגד החלטה על הוצאת הצו, רשאים ספקי הגישה להגיש בקשה לעיון חוזר; גם עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים רשאים ספקי הגישה להגיש. בפועל, ספקי הגישה לא עשו דבר מן הדברים הללו. יתכן שהשלימו עם הצווים מחמת אזרחות טובה; יתכן שיש להם אינטרס למנוע את הגישה לאתרי הימורים, כי בכך הם מקטינים את חשיפתם לתביעות (למשל: הורים שיתבעו את נזקיהם בעקבות הימורי ילדיהם באינטרנט). לא אכביר בהשערות כי דיינו בעובדות: ספקי הגישה לא נקטו בהליך משפטי כלשהו על מנת להביע את התנגדותם לצווים. חברי מבקש לדקדק בזכויותיהם של ספקי הגישה, והוא דורש הסכמה "מפורשת", "רצון כן

ואמיתי". בנסיבות העניין דעתי שונה. בהגדה של פסח נאמר מחר בלילה לגבי הבן שאינו יודע לשאול, "את פתח לו",

ובהשאלה אנו נוהגים כך לגבי אילם, מי שאינו מסוגל, או שאינו יודע לטעון את טענותיו או לעמוד על משמר זכויותיו. ספקי הגישה אינם כאלה, ואינני רואה הצדקה לנהוג כלפיהם באמת-מידה של "את פתח לו", כששערי בית המשפט פתוחים לפניהם, והם נמנעו במודע מלבוא בהם. ודוק: גם לעתיד לבוא, כל אימת שהמשטרה תבקש להוציא צו, יוכלו ספקי האינטרנט להתנגד, לטעון את טענותיהם עובר להוצאת הצו, לאחר הוצאתו, וכן גם להגיש עתירה מנהלית. דומני אפוא כי אנו רשאים להחיל את הכלל התלמודי שלפיו "שתיקה כהודאה דמיא" (בבלי, יבמות פז, ב), להסיק הסכמה מן השתיקה, ולהסיר בכך את אבן הנגף מפני הפעלת סמכותה של המשטרה להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

האם מוסמך מפקד מחוז במשטרת ישראל להורות לספקיות גישה לאינטרנט להגביל גישתם של גולשים ישראלים לאתרי הימורים באינטרנט, וזאת מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 229(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) לסגור מקומות הימורים? זו השאלה העומדת להכרעתנו.

כללי

1. הופעת רשת האינטרנט שינתה את עולמנו מן הקצה אל הקצה. היא מאפשרת תקשורת קלה ונוחה בין אדם לאדם; יש הנעזרים בה לצריכת בידור אינטראקטיבי, בעוד אחרים עושים בה שימוש לצורכי מסחר אלקטרוני; רבים לוקחים חלק – לעיתים יום-יומי – במשלוח הודעות דואר אלקטרוני ובשליחת מסרים מיידים; אתרים רבים מספור מאפשרים הצגת וידיאו ואודיו, ואחרים מאפשרים שימוש בטלפוניה, שיתוף קבצים וכן הלאה (אסף הרדוף הפשע המקוון 114, 117 (2010)). הרשת אף מאפשרת

גישה לכמויות המידע העצומות האגורות באינטרנט – אוסף הולך וגדל של מסמכים שנוצרו על-ידי מחברים עצמאיים, ואוחסנו במחשבי שרתי הרשת העולמית. במובן זה, האינטרנט הוא המאפיין הבולט ביותר של "עידן המידע" שבו אנו חיים – עידן שבו המציאות הטכנולוגית המתקדמת מאפשרת העברה מיידית של נתונים בהיקפים גדולים ביחס לעולם הסובב אותנו (ראו: בג"ץ 3809/08 האגודה

לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 1 [פורסם בנבו] (28.5.2012) (להלן: עניין חוק "האח הגדול")). בכך תרם ותורם האינטרנט תרומה משמעותית להתפתחויות חברתיות, כלכליות, מדעיות ותרבותיות בעולם. לצד יתרונות רבים אלה, גם תופעות עברייניות אינן נעדרות מן העולם הווירטואלי. האינטרנט מאפשר פעולות שהן בגדר עבירה פלילית או עוולה אזרחית כשלעצמם, וכן טכנולוגיות המאפשרות לבצע עוולות או עבירות (מיכל אגמון-גונן "האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת" בתוך רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע 207 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011)). ההימורים הבלתי-חוקיים המתאפשרים באינטרנט הם חלק מהתכנים הזמינים ברשת. אתרי הימורים מציעים את שירותיהם ממקום מושבם בארצות המתירות זאת, והם נגישים ממדינות שונות בעולם – בכללן כאלו אשר בהן נאסרת או מוגבלת השתתפות בהימורים. בשנים האחרונות נפוצו עוד ועוד אתרים כאלה, שכן התמריץ הכלכלי להקמתם גבוה: הימורים מקוונים הם אחד מענפי המסחר הרווחיים ביותר ברשת האינטרנט (חיים ויסמונסקי "על עניש בעבירות מחשב" מחקרי משפט כד 81, 88 (2008)).

2. אין צורך להרחיב את הדיבור על הערך החברתי השלילי הגלום בהימורים. אף חברי השופט נ' סולברג עמד על כך בהרחבה. טיעונים רבים הושמעו כנגד תופעה זו. בין היתר, נטען כי אדם צריך להתפרנס מעבודתו, ממשלח ידו או מעיסוק לגיטימי אחר כלשהו ולא על דרך התעשרות קלה התלויה בגורל – בעוד שההשתתפות בהימור אינה יצרנית, ופוגעת בערכי מוסר עבודה; כי אדם הנוטל חלק במשחקים אסורים עלול להתמכר ל"עיסוק" זה תחת שיעבוד לפרנסתו; וכי המתמכר עלול להביא את עצמו ואת משפחתו להפסדים רבים, ובסופו של יום להפוך לנטל על משפחתו ועל החברה. כידוע, קיימים כמה הסדרים חוקיים המתירים משחקי הימורים בחסות המדינה, המעוגנים בחוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967 ובסעיף 231(א) לחוק העונשין. מפעל הפיס, למשל, פועל על-פי היתר כאמור. על-אף שגם הימורים בהיתר שנותנת

המדינה מעודדים התעשרות מהירה התלויה במזל וטומנים בחובם סכנת התמכרות, יש להבחין בינם לבין הימורים בלתי חוקיים: ההימורים המותרים מאפשרים גיוס כספים למטרות ציבוריות; לא נלוות אליהם בדרך כלל תופעות שליליות של השתלטות פשע מאורגן; ולבסוף – המדינה יכולה לפקח על דרך התנהלותם ועל חלוקת הכספים (ראו והשוו: עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782, 795-796, 804-806 (2004) (להלן: עניין תשעים

הכדורים); עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" המשפט ז 9, 28 (2002)). במאמר מוסגר יצוין כי קיימות מדינות רבות אשר מתירות קיומם של הימורים במשרעת רחבה יותר, אך למותר לציין כי הכרעתנו היא בגדר ארבע אמותיו של הדין הישראלי, והכרעותיו הערכיות של המחוקק הראשי.

3. מבחינה טכנולוגית, קיימת כיום אפשרות לחסום גישה לאתר זה או אחר, ובכך למנוע דה-פקטו את אפשרות הגישה לאתר. על אף שספקיות הגישה לאינטרנט אינן יכולות לנטר את כמויות המידע האדירות המועברות ברשת האינטרנט, הן מצויות בעמדה המאפשרת להן למנוע פעולה מזיקה על דרך הגבלת הגישה לאתר מסוים (השוו: רחל אלקלעי "אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק" המשפט ו 151, 159 (2001)). זהו הרקע להוצאת הצווים שבמוקד דיוננו. השתלשלות העניינים בנושא היתה כדלקמן: בסוף חודש יוני 2010, שלחו מפקדי מחוזות במשטרת ישראל לספקיות הגישה לאינטרנט מכתבי התראה, שבהם הודיעו על כוונתם להורות על חסימת גישה למשתמשים בישראל לאתרי הימורים שונים (להלן: מכתבי ההתראה). במכתבי ההתראה נקבו מפקדי המחוזות בכתובות ה-URL וכן בכתובות ה-IP של אתרים אלה. יוער כי לטענת המערערים – מפעילי האתרים האמורים קיבלו אף הם הודעה דומה. לספקיות הגישה לאינטרנט ניתנה שהות בת 48 שעות להציג את טיעוניהן נגד הצווים, וכן ניתנה ארכה לספקיות שביקשו כן. ספקית אחת, המשיבה 2, מימשה את זכותה להתנגד להוצאת הצווים האמורים. במכתב למפקדי המחוזות טענה הספקית כי הוצאת הצווים נעשתה בחוסר סמכות, שכן מפקד המחוז מוסמך להורות על סגירת מקומות פיזיים בלבד; וכי חוק העונשין אינו מקנה למפקד המחוז סמכות להשתמש בספקיות כדי למנוע גישה ממשתמשים בישראל לאתרי הימורים. בחודש אוגוסט 2010 הודיעה המשטרה כי היא דוחה טענות אלו, ובהמשך הוצאו הצווים נושא הערעור.

4. חוקיותם של צווים אלה, אם כן, היא שעומדת להכרעתנו בערעור זה. חברי, השופט נ' סולברג, מצא כי קיים ספק באשר לזכות העמידה של איגוד האינטרנט הישראלי בעתירה זו; וכי לא היתה הצדקה להצהיר על בטלות הצווים

שהוציא מפקד המחוז מחמת חוסר סמכות, כפי שעשה בית המשפט המחוזי. לאחר שקראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי ושקלתי בדבר, הגעתי לכלל מסקנה כי אין בידי להצטרף לתוצאה שאליה הגיע. אקדים מסקנה לניתוח: כפי שיפורט להלן, להשקפתי, הוראת סעיף 229(א)(1) איננה מהווה הסמכה מספקת למשטרה לצורך הוצאת הצווים האמורים. אעמוד אפוא בראשית הדברים על שאלת זכות העמידה של איגוד האינטרנט הישראלי. בהמשך, אעמוד על מקור הסמכות הנטען בענייננו – סעיף 229 לחוק העונשין, ואבחן אם הוא אוצר כוח להורות לספקיות האינטרנט לחסום את הגישה לאתרי הימורים.

זכות העמידה של עותר ציבורי

5. איגוד האינטרנט הישראלי הוא עמותה הפועלת לקידום האינטרנט ולהטמעתו בישראל. האיגוד מבקש לקדם את אינטרס ציבור המשתמשים באינטרנט; הוא אינו מעוניין להגן על אינטרס המיוחד לו, אלא על אינטרס המשותף לו ולכלל הציבור או לחלקים ניכרים ממנו, וככזה – עתירתו היא "עתירה ציבורית". ככלל, בפסיקת בית משפט זה קנתה אחיזה גישה מרחיבה ביחס למעמדו של העותר הציבורי (בג"ץ 5188/09 התאחדות קבלני השיפוצים לשיקום נ' מדינת ישראל, פסקה 7 [פורסם בנבו] (14.3.2011)). הלכה מושרשת עימנו היא כי עתירה ציבורית תוכר מקום שבו "העניין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי, שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק ולהתווית הקווים המבטיחים קיומו הלכה למעשה" (בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 374 (1981). ראו גם בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 462-463 (1988)). מי יכול לשמש עותר ציבורי? יכול להיות זה אחד מני רבים שנפגעו מפעולת מינהל פלונית (בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852, 861 (1992)), ואף מי שאינו יכול להצביע על נגיעה אישית לעניין או על פגיעה אישית בו (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 68 (2003)). המדיניות השיפוטית בסוגיה זו הייתה ועודנה מושפעת מתפיסות

היסוד הערכיות בדבר מקומה של ביקורת שיפוטית בהגנה על שלטון החוק ובפיקוח על תקינות פעולתו של המינהל הציבורי. משכך, ככלל, על בית המשפט להימנע מלדחות מעל פניו את מי שטוען כי רשות מינהלית פגעה בשלטון החוק רק משום שאין לו

עניין אישי בדבר – שמא המסקנה שתנבע מכך היא כי ניתנה גושפנקא לאותה רשות להמשיך ולפגוע בשלטון החוק (בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 14 [פורסם בנבו] (1.4.2007) (להלן: עניין לירן); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 120-121 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר)). בצד הרחבת תחום פרישתה של זכות העמידה, נשמר העיקרון שלפיו בית המשפט לא ייעתר דרך כלל לעתירה ציבורית, מקום שברקע העניין מצויים אדם או גוף בעלי נגיעה ישירה לעניין נושא העתירה – אם הם עצמם אינם פונים לבית המשפט בבקשת סעד בעניינם (עניין לירן, שם). כלשונו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בבג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002)): "במקרה מעין-זה נאמר לאותו עותר ציבורי המבקש לטעון לזכותו של הפרט הנפגע: מה לך שמתעבר אתה על ריב לא לך? אם הנפגע אינו מתלונן על פגיעה שנפגע, מה לך שראית להעיר ולעורר חילוקי דעות?" (שם, בעמ' 443).

6. חברי השופט נ' סולברג סבור כי איגוד האינטרנט הוא בבחינת עותר "המתעבר על ריב לא לו". אינני שותף לעמדה זו. במקרה שלפנינו, הטענות שמעורר איגוד האינטרנט הן טענות כבדות משקל ביחס לחריגה לכאורית מסמכות בהוצאת הצווים לספקיות הגישה לאינטרנט. עסקינן בניסיון ראשון להגדיר את גבולות סמכויותיו של מפקד מחוז במשטרה מכוח סעיף 229 לחוק העונשין ביחס לחסימת גישה לאתרי הימורים באינטרנט. זוהי שאלה עקרונית. אין חולק כי פעולת הרשות המינהלית בתוככי דל"ת אמות סמכויותיה היא רכיב מרכזי בשמירה על שלטון החוק. כבר נפסק כי טענה של חריגה מסמכות היא ממין הטענות המצדיקות את הרחבת זכות העמידה, שכן "כידוע, הגישה של בית-המשפט לגבי זכות עמידה של אנשים שאינם הנפגעים הממשיים והישירים היא נוחה יותר כשמדובר על חריגה מסמכות של הטריבונל או הרשות או כשמדובר במעשה שנעשה שלא כדין, מאשר במקרים אחרים" (דברי השופט י' קיסטר בבג"ץ 80/70 אליצור נ' רשות השידור, פ"ד כד(2) 649, 667 (1970); השוו: בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 63 (1987)).

7. אחד הטעמים שעמדו ביסוד עמדתו של חברי השופט נ' סולברג בעניין זכות העמידה של איגוד האינטרנט נגע לחשש שמא ניהול ההליך בידי איגוד האינטרנט יוביל לכך שלא תוצג בפני בית המשפט התשתית העובדתית הנחוצה.

הגם שאינני שולל קיומו של חשש כאמור, נראה כי אין בו כדי למנוע הכרה במעמדו של האיגוד. ראשית, חזקה על המערערים אשר נטלו חלק בהליך בבית המשפט קמא כי לו היו רוצים לבאר עניין עובדתי זה או אחר – היו עושים כן. טלו, למשל, את קבילתם של המערערים על כך שלא הוצג לבית המשפט קמא תיאור מלא של היכולת הטכנולוגית להורות על חסימת הגישה לאתרי אינטרנט. מבלי לקבוע מסמרות בשאלה זו בשלב הנוכחי, די בכך שנאמר כי לא היתה כל מניעה כי המערערים עצמם יציגו נתונים המתייחסים לסוגיה זו, ככל שהם חולקים על התשתית העובדתית שבעתירה. שנית, ככלל, אין מניעה כי עותר ציבורי יניח תשתית עובדתית שדי בה כדי לנהל בצורה יעילה את ההליך. גם בענייננו לא מצאתי כי התשתית המשפטית שנפרשה בפני בית המשפט אינה מאפשרת עריכתה של ביקורת שיפוטית. אין אפוא עילה, להשקפתי, להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי לאיגוד האינטרנט זכות עמידה בהליך דנן.

מכאן לגופם של דברים.

שאלת הסמכות

8. סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין, שכותרתו "סגירת מקומות", קובע כי "מפקד מחוז במשטרת ישראל רשאי להורות על סגירתו [...] של מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים". בסעיף 224 לחוק, מוגדר "מקום משחקים אסורים" כ"חצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים, בין שהם פתוחים לציבור ובין שהם פתוחים לבני אדם מסוימים בלבד, ואין נפקא מינה אם הם מוחזקים גם למטרה אחרת". על-מנת לקבוע כי הצווים שהופנו לספקיות הגישה לאינטרנט, המחייבים אותן לחסום את הגישה לאתרי ההימורים, מעוגנים בסמכות המצויה בסעיף 229 לחוק, נדרשים שלושה מהלכים פרשניים: ראשית, יש לקבוע כי אתר אינטרנט הוא בגדר "מקום" כהגדרתו בחוק; שנית, כי חסימת הגישה לאתר אינטרנט שקולה ל"סגירתו" כהגדרת תיבה זו בחוק; ושלישית, כי ניתן להשתמש בספקיות הגישה לאינטרנט לצורך ביצוע הסמכות האמורה.

9. מוכן אני להניח, כפי שגם מצא חברי השופט נ' סולברג, כי ניתן לראות באתר אינטרנט בבחינת "מקום" כהגדרתו במקומות שונים בספר החוקים; וכן כי

אתר הימורים מקוון הוא בבחינת "מקום משחקים אסורים", כהגדרתו בסעיף 229 לחוק העונשין שבו עסקינן. בעניין זה נוטה אני להסכים כי פרשנות תכליתית של החקיקה האמורה, ברוח הזמן והקדמה הטכנולוגית, אכן יכולה להובילנו למסקנה אליה הגיע חברי, שלפיה ניתן להחיל את סעיף 229 לחוק העונשין גם "בעולם הווירטואלי" (השוו: אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" (צפוי להתפרסם בהפרקליט נב 67, 122-124 (2013)) (להלן: הרדוף)).

10. אשר לפגיעה בחופש הביטוי; באתרי אינטרנט מושמעות אמנם דעות ומוחלפים רעיונות, אך – כידוע – אין דין ביטוי אחד כדין ביטוי אחר. אף אם בחלק מאתרי ההימורים נכללות תמונות, דברי הסבר ביחס לחוקי המשחקים השונים, מידע על-אודות יחסי הימורים, חדרי צ'אט ועוד – מדובר בתכנים המצויים בשוליים של האינטרס המוגן. על כן, גם אם חסימת אתרי ההימורים עלולה להביא לחסימת הגישה לתכנים חוקיים המצויים בהם, יש לזכור כי ערכו של ה"ביטוי" אשר בעניינו מתבקשת הגנה עליו אינו גבוה, וכעוצמת האינטרס – כן עוצמת ההגנה (בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 28 (1994)). יתרה מכך: ככל שמדובר בחסימתם של אתרים קונקרטיים, דומה כי הפגיעה המרכזית היא דווקא בחופש העיסוק של מפעילי האתרים. לעניין זה כבר נפסק בערכאתנו כי מדובר בפגיעה שעומדת במבחנים החוקתיים (עניין תשעים הכדורים, בעמ' 814-815). חרף האמור לעיל, ועל אף שמוכן אני להניח כי היקפה של הפגיעה בחופש הביטוי במקרה זה מצומצם, מוצא אני לנכון להעיר כי ככלל שותף אני לגישתו הכללית של בית המשפט המחוזי, שלפיה כאשר עסקינן במטרייה רגישה של חסימת אתרי אינטרנט – יש לבחון בשבע עיניים את החשש לפגיעה בחופש הביטוי. לעניין אתרי ההימורים – ולעניין זה בלבד – סבור אני, כאמור, כי הפגיעה בחופש הביטוי כתוצאה מחסימת התכנים החוקיים שהם חלק מאתרי ההימורים – הינה בעלת עצמה מוגבלת, אם בכלל. ואולם, ייתכן בהחלט כי בעתיד יבואו לפתחנו מקרים אחרים, שבהתייחס אליהם יהא

טעם להרחיב בצורה ניכרת את היקף ההגנה הנפרשת על ביטויים הכלולים באתר זה או אחר. כל תחום – ומאפייניו שלו.

11. בצד האמור, רגישות הסוגייה שבה עסקינן – חסימת אתרי אינטרנט – מוצאת בעניינו ביטוי נוסף, שעה שבית המשפט קמא מצא כי חסימת גישה

לאתרי ההימורים הבלתי חוקיים עלולה לחסום את הגישה גם לאתרים "תמימים" שהצו לא כוון אליהם. חסימה בלתי מכוונת זו עלולה להתרחש משום שעל שרת בעל אותה כתובת IP יכולים לדור בצוותא מספר אתרים, שאינם קשורים האחד אל רעהו. בנקודה זו הפנה בית המשפט קמא לעניין Center for Democracy & Technology v. Pappert, 337 F.Supp.2d 606 (E.D Penn. 2004), שבו פסל בית משפט פדראלי בארצות הברית חוק המאפשר צנזור אתרי פדופיליה, בין היתר עקב סינונם של אתרים "תמימים". המערערים, מצידם, חולקים על קביעה זו. לדבריהם, מבחינה טכנולוגית, החשש מחסימת אתרים שאינם קשורים לביצוע ההימורים הוא זניח, שכן ספקיות הגישה נתבקשו לחסום אתרים על-פי הצירוף שבין כתובת ה-IP לבין כתובת האתר (ה-URL). חיתוך זה שבין כתובת ה-IP לכתובת ה-URL, כך נטען, ממזער עד מאוד את החשש מפני חסימת אתרים תמימים. נדמה כי נקודה זו לא הובהרה עד תומה, שכן גם לאחר עיון בכתבי הטענות שהוגשו לבית המשפט קמא, אין זה ברור אם מבחינה טכנולוגית אמנם ניתן לבצע חסימה "ממוקדת" של אתרי ההימורים – כטענת המערערים – או שמא, מבחינה טכנולוגית, מערים הדבר קשיים. אם אכן ישנו חשש לחסימת אתרים "תמימים", ברי כי תהא זו פגיעה חמורה בחופש הביטוי ובזכות הגישה למידע – פגיעה שלגביה תידרש הסמכה מפורשת בחוק וכן עמידה בתנאי פסקת ההגבלה.

12. אילו שאלת חסימת האתרים ה"תמימים" היתה הקושי היחיד המתעורר בענייננו, ייתכן שהיה מקום להחזיר את הדיון לבית המשפט קמא לשם בירור מעמיק של סוגיה זו. דא עקא, שהמכשלה המרכזית העומדת לפני המערערים היא בעלת היבט עקרוני, שאין לו זיקה לשאלה האחרונה, הלא הוא השימוש בצד ג' לצורך הפעלת הסמכות, ללא הסמכה מפורשת בחוק. להשקפתי, לא ניתן להיתלות בסעיף 229 לחוק לצורך הוצאתה לפועל של הסמכות על דרך מתן צו המכוון לצד ג' – ספקיות הגישה לאינטרנט. אף חברי, השופט נ' סולברג, מצא בהקשר זה כי הגבלת הגישה לאתרי ההימורים באמצעות צד שלישי מעלה קשיים, אך לשיטתו – קשיים אלה אינם שוללים את הסמכות לעשות כן. דעתי שונה. ואבהיר את טעמיי.

13. עניינו במפקד מחוז במשטרה, אשר הוציא צווים המורים לספקיות הגישה לאינטרנט לחסום אתרי הימורים. אלה "צווים אישיים", היינו: צווים

המופנים לאדם או לגוף מסוים, המטילים עליו איסור או חיוב. זהו כלל התנהגות פרטני. צו כזה, כמו כל החלטה מינהלית, צריך אסמכתה בחוק (זמיר, בעמ' 284). השאלה היא, אפוא, האם מפקד המחוז מוסמך לצוות על הספקיות – שהן גוף פרטי אשר אין כלפיו טענה כי עבר בעצמו עבירה – לנקוט פעולות שונות עבור משטרת ישראל, ולשמש בפועל כידה הארוכה. סמכות זו, כך נטען, מצויה בסעיף 229 לחוק העונשין, שמכוחו יכול מפקד המחוז להורות על "סגירת" מקומות שבהם מתנהלים הימורים. מקובל עלי כאמור כי אם יעלה בידן של רשויות אכיפת החוק להביא לסגירתם של אתרים אשר ניתן לבצע בהם הימורים שאינם חוקיים על-פי הדין הישראלי (למשל, באמצעות ניתוק האתר מחיבורו לאינטרנט או השבתת פעולת השרת) – לא יהא בכך פגם במישור הסמכות. עם זאת, בעניינו, לא "נסגרו" בפועל האתרים. במקרה שלפנינו, מפקדי המחוזות במשטרה הורו כי צדדים שלישיים – ספקיות הגישה לאינטרנט – יחסמו את הגישה לאותם אתרים. גדר הספקות הוא, אפוא, האם די בהסמכה שבסעיף 229 לחוק לשם כך.

14. 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 (בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, 420 (1992) (להלן: עניין פיליפוביץ); ראו עוד: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 178-179 (2010) (להלן: ברק-ארז)). 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 (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, [פורסם בנבו] פסקה 28 לפסק דינה של הנשיאה ד' בינישׁ ופסקה 14 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (19.11.2009)).

15. בניסיון להתבסס על סעיף 229 לחוק העונשין במקור הסמכות בענייננו, מכוונת המדינה לטענה כי היא מוציאה לפועל בעצמה את הסמכות, וכי גיוסן של ספקיות הגישה לאינטרנט לשם חסימת אתרי ההימורים נופלת בגדר הפעלת סמכות העזר המוקנית לרשות המינהלית לצורך ביצוע תפקידה (סעיף 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981), ותו לא. פרשנות זו אין בידי לקבל. כידוע, יש להבחין בין אצילת סמכות, הכוללת את הפעלת שיקול הדעת בנוגע לסמכות – לבין היעזרות בעניינים טכניים הקשורים להפעלת הסמכות (עניין פיליפוביץ, בעמ' 424). בעוד שהיעזרות הרשות בגורמים פרטיים בהתייחס להיבטים הטכניים של מילוי תפקידן מותרת ככלל, הרי שקיימת חזקה פרשנית כנגד אצילת סמכויות לגורמים פרטיים (עע"ם 6848/10 ארז נ' עיריית גבעתיים, [פורסם בנבו], פסקה 18 (30.5.2012); בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, פסקה 18 [פורסם בנבו] (26.3.2012)). בענייננו, ספקיות הגישה אכן לא נדרשו להפעיל שיקול דעת ביחס לאתרים שאת הגישה אליהם יש לחסום. על כן, ניתן, לכאורה לטעון כי הרשות לא אצלה סמכותה, אלא ביקשה להסתייע באחר לביצוע הסמכות – הסתייעות המותרת באופן עקרוני. אלא שכאשר עסקינן בהסתייעות, ראש וראשון ליסודות הדורשים הוכחה הוא כי האדם או הגוף שבו הרשות מבקשת להסתייע מסכים להיות לרשות לעזר. אין זה משנה האם הסכמה זו נובעת ממניעים מסחריים וכלכליים (השוו לעניין פיליפוביץ, בעמ' 415) – או ממניעים התנדבותיים. העיקר הוא כי הרשות רשאית להסתייע אך במי שמבקש לסייע לה מתוך רצון כן ואמיתי, לאחר שנתן את הסכמתו המפורשת לכך. כאשר הרשות מטילה חובה על אדם או גוף פרטי לבצע פעולה כלשהי, שוב לא ניתן לדבר על הסתייעות. בענייננו טוענים המערערים כי הביטוי "סגירתו של מקום משחקים אסורים" הנזכר בסעיף הרלוונטי שבחוק העונשין טומן בחובו גם את האפשרות להורות על סגירת דרכי הגישה למקום מכוח סמכות העזר. ולא היא. עסקינן בצווים הכופים על גוף פרטי – ספקיות

הגישה לאינטרנט – "לסייע" לרשות, כך שאין לומר כי הספקיות הן גוף אשר מעניק לרשות את שירותיו מרצון. הדברים מקבלים משנה תוקף מקום בו צווי הסגירה עצמם הזהירו באותיות קידוש לבנה כי אי-ההיענות לצו עלולה להוות עבירה של הפרת הוראה חוקית, עבירה של סיוע לעריכת משחקים אסורים ועבירה של סיוע להחזקת מקום למשחקים אסורים (סעיפים 287, 225 ו-228 לחוק העונשין, בצירוף סעיף 31 לחוק זה).

16. מבקש אני להבהיר, בצד האמור, כי בהינתן הסמכה מפורשת בחוק, ניתן "להטיל תפקיד" ולהיעזר בכל אדם לצורכי הגשמת מטרות שונות שהוגדרו על-ידי המחוקק. ואכן, הסדרים שונים המצויים בחקיקה מאפשרים לרשות להורות לצד ג' לסייע בידה, גם במישור הפלילי. כך, למשל, סעיף 20 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, קובע כי כל אדם חייב לעזור לשוטר לעצור אדם שהוא מוסמך לעצרו. אף בסוגיה הקרובה לענייננו קיים הסדר דומה: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (המכונה גם "חוק האח הגדול") מאפשר לרשויות החקירה בישראל להיעזר ב"בעל רישיון בזק" (כהגדרתו שם) לשם קבלת נתוני תקשורת של מנוי בזק לצרכים שונים, כגון גילוי עבירות ומניעתן (סעיף 1 וסעיף 3(2) לחוק זה). בין החברות אשר יכולות להידרש למסור נתוני תקשורת מנויות גם ספקיות האינטרנט השונות (ראו עניין חוק "האח הגדול", בפסקה 2). אך מכלל ההן נשמע גם הלאו. הטלת חובה – שסנקציה בצידה – מחייבת עיגון בחקיקה. בהיעדר אסמכתה מפורשת בחוק – אין אפשרות להטיל על גורם פרטי לבצע פעולות עבור הרשות (השוו: ב"ש 90868/00 (מחוזי ת"א) חב' נטוויז'ן בע"מ נ' צבא ההגנה לישראל - משטרה צבאית, פסקה 9 [פורסם בנבו] (22.6.2000); ת"פ 40206/05 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' פילוסוף, פסקה 8(ב) [פורסם בנבו] (5.2.2007)). נותרנו, אפוא, עם הצורך בהסמכה חוקית מפורשת. והנה, במקרה שלפנינו, לא ניכרת מלשונו של סעיף 229 לחוק העונשין הסמכה להטיל תפקיד על צד ג' – ולו ברמז. ולא בכדי. הסמכה כאמור כרוכה בשאלות מורכבות של דין ומדיניות. כאשר נדונו בכנסת בשנת 2008 הצעות לתיקוני חקיקה שיקנו את הסמכות לחסימת גישה לאתרי הימורים הביעו נציגי משרד המשפטים (כמו גם נציגי המשטרה) הסתייגות מהקניית סמכות כאמור מטעמים ענייניים שונים, שלא כאן המקום לעמוד עליהם. כיום עמדת הרשויות – על דעת היועץ המשפטי לממשלה – שונה. הרשויות אכן אינן כבולות לעמדתן הקודמת, אך הדרך

החוקית היחידה שתאפשר להקנות למפקד המחוז סמכות ליתן הוראות כופות לספק שירות צד ג' היא – להשקפתי – תיקון החקיקה הראשית (תיקון שאין צריך לומר כי יידרש לעמוד בתנאי "פסקת ההגבלה" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). על כן, הוצאת צו כפי שנעשה בענייננו חורגת מעיקרון חוקיות המינהל. כידוע, עקרון חוקיות המינהל מהווה נורמה בסיסית במשפט הציבורי.

"עקרון זה מורה, כי כוחה של הרשות הציבורית נובע מהסמכויות שהוקנו לה בדין, ואין בלתן. הדין הוא שמוליד את כוחה של הרשות לפעול, וגבולות כוחה מתוחמים לגבולות ההסמכה שהוענקה לה בדין. זהו 'האל"ף-בי"ת של המשפט המינהלי' (ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1987); ע"א 630/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נהריה נ' שיר הצפון חברה לבניה בע"מ, פ"ד נב(3) 399, 403-404 (1998); בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 357 (1994))" (ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה, פסקה 33 [פורסם בנבו] (27.6.2011). ראו גם: בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים [פורסם בנבו] (20.12.2010); בג"ץ 7455/05 הפורום המשפטי למען א"י נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 905, 910 (2005); זמיר, בעמ' 74-80; ברק-ארז, בעמ' 97 ואילך)). כך, במיוחד שעה שמדובר בסמכות כופה, המצויה בחוק העונשין (ראו והשוו: הרדוף, בעמ' 124).

17. האם הסדר חוקי עתידי עשוי לאפשר הטלת תפקיד של חסימת אתרי ההימורים על ספקיות הגישה לאינטרנט? הסדר מעין זה יכול ללבוש פנים רבות. ייתכן כי המחוקק יקבע כי לצורך קבלת צו כאמור, יש לפנות לבית המשפט; ייתכן שיעניק למפקדי המחוזות במשטרה – או לכל גורם אחר – את הסמכות להוציא צווים כדוגמת אלו שהוצאו בעניינו, בלא פנייה לבית המשפט (השוו לעניין חוק "האח הגדול", בפסקה 2). הנחתנו היא כי חקיקה זו אף תסדיר שאלות נוספות המתעוררות מהחובה שתוטל על ספקיות הגישה, תוך שתינתן הדעת לעלויות שעשויות להיות כרוכות בביצוע חסימה אפקטיבית; לגדר האחריות של ספקיות הגישה כלפי צדדים שלישיים, כגון גולשים ובעלי אתרים שהגישה אליהם תיחסם; וכיוצא באלה. בכל מקרה, ברי כי בשיטתנו המשפטית המחוקק הוא הגורם המוסמך לשקול את האופן המתאים לטפל בחסימת הגישה הנדונה (הרדוף, שם). לא נקדים את המאוחר. איננו נדרשים בזמן הזה לנקוט עמדה ביחס לחקיקה עתידית זו שטרם באה לעולם ושפרטיה אינם ידועים (אשר תצטרך, כאמור, לעמוד גם במבחני פסקת ההגבלה).

שיטות משפט אחרות

18. חברי, השופט נ' סולברג, עמד על כך שהגבלת גישה לאתרי אינטרנט המשמשים להימורים היא פרקטיקה מקובלת בעולם. קודם שנדרש לבחינה השוואתית יש לשוב ולהעיר כי בחלק ממדינות העולם נהוגה מדיניות מקלה יותר ביחס לסוגיית ההימורים, ועל כן – אין לגזור בהכרח מן הדין המצוי בהן גזירה שווה ביחס לשיטת המשפט שלנו. לגופם של דברים, הגם שחלק ממדינות העולם נעזרות בספקיות הגישה לאינטרנט לצורך חסימת אתרי הימורים כפי שמציין חברי – הרי ששם מדובר ככלל בהסדרים הקבועים במפורש בחקיקה, ולא בפעולה הנעשית על דרך הפעלת סמכויות מינהליות כלליות. אדגים במה דברים אמורים.

19. בארצות-הברית מוסדר נושא ההימורים בעיקר ברמה המדינתית ולא ברמה הפדראלית. בין המדינות השונות קיימים הבדלים משמעותיים בתפיסת תופעת ההימורים ובהתייחסות אליה. החקיקה הפדראלית בנדון נועדה, אפוא, לסייע למדינות באכיפת חוקי ההימורים המקומיים מקום בו פעילות ההימורים חורגת מגבולות המדינה. ברמה הפדראלית, ישנם ארבעה דברי חקיקה מרכזיים המשרתים את התמודדות הרשויות עם תופעת ההימורים. הראשון, הוא ה- Federal Wire Actמשנת 1961 (18 U.S.C. §1084), שנועד לסייע בהתמודדות עם הימורים בין-מדינתיים באמצעות תקשורת קווית. למרות שמדובר בחוק שנחקק שנים לפני הופעת רשת האינטרנט ותופעת ההימורים המקוונים, זהו דבר החקיקה שעליו נסמכו הרשויות כדי להתמודד עם התופעה בשלבים מוקדמים (ראו למשל: United States v. Cohen, 260 F.3d 68 (2d Cir. 2001)). דבר החקיקה השני המסדיר את הסוגיה הוא ה-Illegal Gambling Business Act משנת 1970 (18 U.S.C. §1955), שנחקק במסגרת המאבק בארגוני הפשיעה שהשתמשו בעסקי ההימורים כמקור הכנסה עיקרי, ועוסק באחריותם הפלילית של

בעלי עסקי הימורים גדולים. דבר החקיקה השלישי הוא ה-Travel Act משנת 1961 (18 U.S.C. §1952) שאוסר על שימוש בדואר ועל נסיעות בין מדינות ומחוץ לארצות-הברית למטרות בלתי חוקיות, לרבות הימורים בלתי חוקיים. דבר החקיקה הרביעי והאחרון הוא ה-Unlawful Internet Gambling Enforcement Act (31 U.S.C. §5361-67), האוסר על עסקי הימורים לקבל ביודעין

תשלום הקשור בהשתתפותו של אדם בהימורים המתבצעים באינטרנט. מעניין לציין כי לעיתים, רשויות האכיפה התקשו להתבסס על ההסדרה החוקית הוותיקה המתוארת לעיל לשם היעזרות בספקיות הגישה לסגירת אתרי הימורים. כך, למשל, בחודש אפריל 2009 העבירו הרשויות במדינת מינסוטה הוראה לספקיות שירותי אינטרנט לחסום את גישת תושבי המדינה לכ-200 אתרי הימורים מקוונים – הוראה שניתנה במסגרת הפעלת סמכות לפי ה-Federal Wire Act. בעקבות צעד זה, הוגשה תביעה שבמסגרתה נטען – בין היתר – כי פעולה זו נוגדת את התיקון הראשון לחוקה האמריקנית שעניינו חופש הביטוי, וכן את פסקת המסחר בחוקה (Commerce Clause) (Edward Morse, *Survey of Significant Developments in Internet Gambling*, 65 BUS. LAW. 309, 315 (2009)). על רקע נקיטת ההליך המשפטי, חזרו בהן רשויות האכיפה במינסוטה מן הדרישה כלפי ספקיות הגישה (Linda J. Shorey, *Anthony R. Holtzman, Survey of Significant Developments in Internet Gambling*, 66 BUS. LAW. 249, 252 (2010)).

20. באוסטרליה, סמכותה של Australian Communications and Media Authority להורות לספקי גישה לחסום גישה לאתרי הימורים בלתי חוקיים מעוגנת בהסדר מפורט ב-Interactive Gambling Act 2001 (סעיפים 31-24), ובקוד הרגולאטורי שנקבע במסגרתו (Interactive Gambling Industry Code (December 2001)). גם באיטליה, מדינה שאליה מתייחס חברי בחוות דעתו, הסמכות המסורה לרשויות להורות לספקי הגישה לחסום גישה לאתרי הימורים בלתי חוקיים – מעוגנת בחקיקה. סעיף 1(50) של חוק מס' 296 מיום 27.12.2006 (חוק התקציב לשנת 2007), קבע את סמכותה של AAMS (Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato), שהיא אורגן של משרד האוצר האיטלקי, להורות בצו לגופי תקשורת לפעול להסרת אתרי הימורים בלתי חוקיים, תוך קביעת קנס מינהלי של בין 30,000 אירו לבין 80,000 אירו לכל הפרה מצידם של ספקי

התקשורת. מכוח חוק זה, הוצא צו מינהלי מס' CGV/1034 מיום 2.1.2007, שבמסגרתו פורט אופן הפעלת הסמכות האמורה. לפי נתוני ה-AAMS המעודכנים לחודש אוקטובר 2010, כ-2,400 אתרים נכללו במסגרת "הרשימה השחורה", ומדי חודש מצורפים לרשימה זו מאות אתרים נוספים (ראו:

http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/conference121002010/rodano.pdf).

21. נמצא, אפוא, כי גם אם מדינות בעולם מכירות באפשרות להסתייע בספקיות הגישה לאינטרנט לצורך חסימת אתרי הימורים בלתי חוקיים – הרי שהדבר מעוגן שם בחקיקה מפורשת. מקום שבו לא הוסדר הנושא בחקיקה מפורשת, הועלו במדינות שונות סימני שאלה ביחס לסמכות הרשויות לעשות כן, מטעמים דומים לאלה שעליהם עמד בית המשפט המחוזי.

אחר הדברים האלה

22. לפני סיום אבקש להתייחס בקצרה להערתו של חברי השופט נ' סולברג ביחס לדבריי (פסקה 56 לחוות דעתו). אבהיר כי הכרעתי אינה נשענת בעיקרה על עניינן של ספקיות הגישה ושאלת הסכמתן הקונקרטית לחסימת האתרים. בבסיס התוצאה שאליה הגעתי ניצב הכלל כי הרשות אינה יכולה לפעול אלא בגדרי דל"ת אמותיה של הסמכות הנתונה לה על-פי חוק, וכי בהפעלת סמכויות משטרתיות יש להקפיד על כלל זה אף ביתר שאת. אציין כי אינני מקבל במובנת מאליה את הנחת חברי כי ניתן לכפות על צד ג' להפוך ל"ידה הארוכה" של המשטרה, ללא הסכמתו. טלו מצב שבו פקיד הקבלה במלון (שאליו התייחס חברי בדוגמה שהביא), חושש מפני עימות עם גורמים עברייניים ואינו מעוניין לבוא עימם במגע – האם גם אז היה ניתן לכפות עליו לסגור את החדר? שאלה זו אינה נקייה מספקות בעיניי, אך ממילא לא זה מצב הדברים שבו אנו נדרשים להכריע. בענייננו, מכלול השיקולים שעליהם עמדתי ורגישות המטריה שבה עסקינן מוליכים – להשקפתי – למסקנה שההסמכה הקיימת אינה אוצרת כוח להפעלת הסמכות הנטענת.

סוף דבר

23. הגעתי לכלל מסקנה כי 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.

מטעם זה, אילו דעתי הייתה נשמעת, הייתי דוחה את הערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים ומחייב את המערערים לשלם למשיב שכר טרחת עורך דין בסך 25,000 ₪.

ש ו פ ט

<u>הנשיא א' גרוניס:</u>

חבריי השופטים נ' סולברג ו-ע' פוגלמן חולקים האחד על רעהו הן בסוגיה המקדמית, בדבר זכות עמידתו של המערער, והן בסוגיה המהותית, באשר לסמכותו של מפקד המחוז במשטרה. בסוגיה הראשונה, איני רואה מקום להביע עמדה. חברי השופט נ' סולברג, הנוטה לדעה שלמערער לא הייתה כלל זכות עמידה בבית המשפט לעניינים מינהליים, דן בסוגיה המהותית. זאת לאחר שהגיע למסקנה כי לא יהא זה נכון לקבל את הערעור בסוגיה המקדמית מבלי לדון בחוקיות הצווים שהוצאו על ידי מפקדי המחוזות במשטרה. בנסיבות העניין, מסכים אני שראוי להתייחס לגופם של דברים. בסוגיה המהותית מקובלת עליי עמדתו של השופט ע' פוגלמן. משמע, אני מסכים שלמפקדי המחוזות במשטרת ישראל לא נתונה כיום הסמכות ליתן צווים לספקיות הגישה לאינטרנט המורים לחסום גישה לאתרי הימורים. למחוקק הפתרונים.

ה נ ש י א

הוחלט ברוב דעות (הנשיא א' גרוניס והשופט ע' פוגלמן) נגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג לדחות את הערעור, ולחייב את המערערים לשלם למשיב שכר טרחת עורך דין בסך של 25,000 ₪.

ניתן היום, י"ג בניסן התשע"ג (24.3.2013).

ע' פוגלמן 54678313-3782/12

ה נ ש י א ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 12037820_O7.doc עב
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן