

מפקד משטרת מחוז תל אביב ואח'

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 97110
טלפון: 02-6466590; פקסימיליה: 03-6467011

- נ ג ד -

המערערים

המשיבה

1. איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד חיים רביה ו/או דן אור-חוף ו/או
יוסי מרקוביץ' ו/או עוה"ד האחרים ממשרד פרל כהן צדק לצר
מרחוב שנקר 5, הרצליה פיתוח 46725
טלפון: 09-9728000; פקסימיליה: 09-9728001

2. 012 סמייל טלקום בע"מ ח.פ. 514350024

מרחוב הסיבים 25, פתח תקווה 49517
טלפון: 072-2002012; פקסימיליה: 072-2002090

3. אקספון 018 בע"מ ח.פ. 513533430

מרחוב האודם 1, פתח תקווה 49170
טלפון: 03-9254444; פקסימיליה: 03-9054455

4. בזק בינלאומי בע"מ ח.פ. 512133729

מרחוב השחם 40, פתח תקווה 49170
טלפון: 03-9257302; פקסימיליה: 03-9257348

5. 013 נטוויז'ן בע"מ ח.פ. 512244302

מרחוב המלאכה 15, ראש העין 48091
טלפון: 03-9001000; פקסימיליה: 03-9001010

המשיבות

סיכומי תשובה מטעם המשיבה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.9.2012 ובמועד, מתכבדת בזאת המשיבה, איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר), להגיש את סיכומיה בערעור שבכותרת. מפאת קוצר היריעה (ארבעה עשר עמודים בלבד כאמור בהחלטת בית המשפט הנכבד), תתמקד המשיבה במתן מענה לנקודות המרכזיות שהועלו בסיכומי המערערים. מובן, שאין בהעדר התייחסות לטענה מסוימת, כדי להוות הודאה ו/או הסכמה לה. כל ההדגשות במסמך זה, אלא אם נאמר אחרת, אינן במקור.

לנוחות בית המשפט הנכבד, פרוטוקול הדיון וכתבי הטענות מטעם המשיבה בפני בית המשפט קמא, וכן האסמכתאות הנזכרות בתגובה זו, אוגדו בכרך מוצגים ואסמכתאות המצורפים לתגובה, והם מוספרו, במספור שוטף, בסוגריים מרובעים.

לאור פסק דינו המנומק של בית המשפט הנכבד קמא, וכל המפורט בסיכומי תשובה אלה, יש לדחות את הערעור. עוד מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המערערים בתשלום הוצאות המשיבה ובשכר טרחת עורכי-דינה.

יוסי מרקוביץ', עו"ד

חיים רביה, עו"ד

דן-אור חוף, עו"ד

פרל כהן צדק לצר
ב"כ המשיבה

פתח דבר

עניינו של ערעור זה במהלך חסר תקדים וחריג שביצעה משטרת ישראל: בלא הסמכה מפורשת בחוק ובלא צו בית משפט, ביקשו המערערים להורות לספקי גישה לאינטרנט לחסום, בלא הגבלה בזמן, גישה לאתרים מסוימים, שלשיטת המשטרה פוסחים על הוראות הדין בדבר הימורים אסורים. בכך ביקשה המשטרה לבצע מהפיכה בדין הפלילי והמנהלי, לאמור: קציניה יחליטו מהו מידע מוגן ומה אינו כזה, ואם דבר-מה ביטוי הוא - האם הוא חוקי או אינו חוקי, ומשעה שכך החליטו, רשאים הם לחסום את הגישה למידע בלא ליזום אישומים פליליים (בבחינת חוקרים, מאשימים, שופטים ומוציאים לפועל גם יחד). אין אח ורע במדינות מתוקנות לפעולה מעין זו.

בדהרה לנכס לעצמה סמכויות שאין לה, התעלמה המשטרה מפגמים מהותיים היורדים לשורש פעולתה: חסימת גישה לאתרי אינטרנט פוגעת בזכות למידע, שהיא יסוד בלעדיו-אין של חופש ביטוי; ספקי גישה לאינטרנט אינם גופים פרטיים רגילים, אלא הם צינור המידע של כלל הציבור, ולפיכך צו המופנה נגדם פוגע בציבור בכללותו; אין בחוק סמכות מפורשת למשטרה להורות על חסימת גישה לאתרי אינטרנט, אפילו הם משמשים להימורים אסורים, אלא לכל היותר לסגור מקומות פיזיים; צווי חסימה הם אמצעי בלתי-מידתי, הסותר את הוראותיה הפנימיות של המשטרה-עצמה, המתירות אך ורק סגירה זמנית של מקומות לניהול הימורים; חסימת גישה לאתרי אינטרנט הוכחה פעם אחר פעם כבלתי-יעילה – הן מפני שקל לעקפה (חסימת-חסר) והן מפני שהיא גורמת לחסימת אתרים שאין בהם פגם (חסימת יתר); בדרך המלך, היה על המשטרה ליזום הליכים פליליים נגד מפעילי אותם אתרים שהורתה לחסום, אולם למרות שבמשך שנים ארוכות עמדה בפניה האפשרות לפעול, היא לא עשתה כן. לבסוף המחוקק נמנע במפורש מהקניית סמכות כזו למשטרה, חרף שורה של הצעות חוק שביקשו לעשות כן.

ודוק: עניינה של המשיבה בעתירה שהגישה והתקבלה אינו בהגנה על אתרי הימורים אלא בהגנה על כלל ציבור המשתמשים באינטרנט בישראל. כפי שקבע בית המשפט הנכבד קמא בצדק רב, החלטה להוצאת צווים המורים על חסימת גישה למידע ברשת האינטרנט, כמו גם השימוש בספקי הגישה לאינטרנט לצורך זה, איננה מסורה למערערים. הסדר ראשוני שכזה, עניין הוא למחוקק אשר יבחן את מידת הפגיעה ומידתיות הפעולה, תוך ניסיון לפגיעה פחותה ככל שניתן בזכויות היסוד של כלל הציבור והחופש לצרוך מידע. תפקיד זה אינו מסור למשטרה.

תמצית תשובת המשיבה בסיכומים אלה:

המשיבה תטען כי דין הערעור להידחות וזאת הן מהטעמים שפירט בית המשפט הנכבד קמא בפסק דינו המנומק, והן מטעמים נוספים שנטענו בפניו והוא כלל לא נזקק להם. בקליפת אגוז ובעיקר, צווי המערערים:

- פוגעים בחופש הגישה למידע, המהווה חלק מחופש הביטוי [להלן, בסעי' 1 - 7 לסיכומים אלה];
- הוצאו בלא הסמכה שבחוק [להלן, בסעי' 8 - 12 לסיכומים אלה];
- אפילו היתה הסמכה להוציאם (ואין כזו), דינם ביטול משאינם מידתיים [להלן, בסעי' 13 - 16 לסיכומים אלה];

צווי המערערים פוגעים בזכות הגישה למידע, בזכות לדעת והלכה למעשה בחופש הביטוי

1. **הזכות לדעת - מהחשובות בזכויות.** המערערים מסכימים עם קביעותיו של בית המשפט הנכבד קמא אודות חשיבות חופש הביטוי וחשיבות האינטרנט במימוש חופש זה (סעי' 8 לסיכומיהם). אכן, "במובן מסוים, הזכות לדעת היא מהחשובות שבזכויות, הנגזרות מחופש הביטוי. ניתן אף לומר כי במובן מסוים, חופש הביטוי נגזר מהזכות לדעת. כך, שכן בטרם יביע את דעתו, צריך הפרט לקבל מידע שיאפשר לו לגבש את עמדתו. החופש לדבר, אם אין יודעים על מה לדבר, עשוי להתגלות כחופש עקר" (א. ברק, "חופש המידע ובית המשפט", קרית המשפט ג 95 (2003)). [1]. יחד עם זאת, למקרא הערעור וטיעוני המערערים בבית המשפט קמא, ברי כי הפגיעה בחופש הביטוי לא נשקלה קודם הוצאת הצווים נשוא הערעור. על כך כבר נאמר כי "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו הוא קובע כי מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה "מודרכת" מלמעלה" (בג"צ 243/62 **אולפני ההסרטה נ' גרי**, פ"ד טז 2407, 2416).
2. **זכות הגישה למידע במשפט הבינלאומי.** זכות הגישה למידע הינה עקרון יסוד בדן הבינלאומי, המעוגן, בין היתר, בהכרזה לכל באי עולם בזכויות האדם משנת 1948 (סעיף יט' להכרזה) [2] וכן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (סעיף 19(ב) לאמנה) [3]. הזכות למידע מעוגנת גם בסעיף 11 ל-convention for the Protection of Charter of Fundamental Rights of the European Union [4] ובסעיף 10 ל-convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms האירופאית [5]. כבר בסוף שנות השבעים של המאה הקודמת, פסק בית המשפט האירופי לזכויות אדם כי היקפו של סעיף 10 לאמנה זו אינו מוגבל רק לזכות להפיץ מידע, אלא כולל גם את זכות הציבור לקבל מידע, ובכלל זה מידע פוגעני (The Sunday Times v. The United Kingdom, § 65 (ECHR judgment, April 26, 1979)) [6].
3. **אתר אינטרנט – ביטוי מוגן.** כל אתר אינטרנט מורכב מרבדים-רבדים של מידע. כל רובד שכזה הוא ביטוי מוגן, וכולם ביחד - על אחת כמה וכמה: קוד המחשב שבאמצעותו פועל האתר (Universal City Studios Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, 445-448 (2nd Cir. 2001) [7]; Junger V. Daley, 209 F.3d 481, 484-485 (6th Cir. 2000) [8]; Bernstein v. the United States, 176 F.3d 1132, 1140-1142 (9th Cir. 1997) [9]; DVD Copy Control Assn., Inc. v. Interactive Digital Software (Bunner 31 Cal. 4th 864 (Cal. 2003) [10]); עיצובו הגרפי של האתר והתמונות שבו (Ass'n v. St. Louis County, 329 F.3d 954, 957 (8th Cir. 2003) [11]; National Endowment for the Arts v. Finley 524 US 569, 602-603 (1998) [12]. המשחקים השונים ובפרט משחקי המחשב שבו (Brown v. Entertainment Merchants Ass'n, 131 S. Ct. 2729 (pgs. 2-3) (2011) [13]; Cartoons, L.C. v. Major League Baseball Players Ass'n, 95 F.3d 959, 969 (10th Cir. 1996) [14]. הסרטונים המשולבים בו (למשל: בג"צ 806/88 **universal city studios inc** 'נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג (2), 22 [להלן: "בג"צ יוניברסלי"]; בג"צ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח (1) 249 [249] נתונים והסברים שונים (Gionfriddo v. Major League Baseball, 94 Cal. App. 4th 400, 411 (Cal. Ct. App. 2001) [15]). וכיוצא בזה. אלה ועוד מצויים באתרים וכל אחד מאלה פונה לתשומת לבו של משתמש אחר. לדוגמה: קוד המחשב למתכנתים; עיצוב גרפי למעצבים ובעלי אתרים אחרים כמו גם לקהל הגולשים; סרטונים לא רק לצופים מקהל המשתמשים הרחב אלא גם למי שמקצועם וביטויים בקולנוע,

ווידאו וכי"ב. וכך, גם אתר שנושאו כביכול מובחן (הימורים) אינו פונה רק לציבור מסוים אחד (מהמרים), לא כל שכן עת כולל הוא גם משחקים מותרים לציבור הרחב (ובפרט חינמיים), וביטוייו נוגעים באין-ספור משתמשים אחרים. כפי שפסק בית המשפט הנכבד: "חופש הביטוי, כזכות חוקתית, משתרע על כל ביטוי. "ביטוי" בהקשר זה הוא כל פעילות המבקשת להעביר מסר או מובן. הוא משתרע על ביטוי פוליטי, ספרותי או מסחרי [...] לעניין היקפו של חופש הביטוי, אין בודקים אם הביטוי הוא אמת או שקר; אין בודקים את תוכנו; אין בודקים את תוצאותיו" (בג"צ 4804/94 **חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נ (5) 661, 673).

4. **הניסיון לערער אחר קביעתו העובדתית של בית המשפט הנכבד קמא בדבר היות האתרים נשוא הצווים כוללים ביטויים מוגנים.** המשיבה הוכיחה בפני בית המשפט הנכבד קמא (נספח י"ד לעתירה) כי השימוש במידע באתרי האינטרנט נשוא ענייננו נעשה גם (ולמי שאינם מהמרים אך ורק) למטרות חוקיות לחלוטין. כך, למשל, הראתה והוכיחה המשיבה כי הגלישה לאתרים נעשית גם לשם לימוד כללי משחק ובפרט לצרכי שעשוע ומשחקים חברתיים, בין היתר תוך מתן אפשרות לשחק בכסף מדומה (פעילות מותרת כמובן). כמו כן ניתן למצוא באתרים הסברים על משחקים שונים, רשימות, טקסטים, תמונות ואמצעים אודיו-ויזואליים רבים ושונים (ר' למשל בנספח י"ד לעתירה). ואכן, בית המשפט הנכבד קמא מצא וקבע בצדק, בין השאר, כי טקסטים, תמונות ואמצעים אודיו-ויזואליים מצויים גם באתרים נשוא הצווים שכאן (סעי' 20 בעמ' 7 לפסק-הדין). זהו ממצא עובדתי שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בו (לדוגמה: ע"א 3601/96 **בראשי נ' עיזבון המנוח בראשי ז"ל**, פ"ד נב (2) 582). בית המשפט הנכבד קמא מצא עוד, כמובן מאליו, שכל אלה חוסים תחת ההגנה הניתנת לחופש הביטוי (סעי' 20 בעמ' 7 לפסק-הדין)).

ודוק: בעוד שבפני בית המשפט הנכבד קמא המערערים לא הכחישו את טענות המשיבה בדבר התוכן החוקי באתרים נשוא הצווים ורק טענו כי הוא "משני" (סעיף 110 לתשובתם בבית המשפט קמא), כעת שינו את גרסתם וטענו לראשונה כי "למיטב בדיקתם" לא קיים תוכן לגיטימי באתרים נשוא הדין (סעיף 26 לכתב הערעור). את שינוי חזית זה (שאינו נכון עובדתי כאמור) אין להתיר ויש למוחקו מטענותיהם.

5. **גם חשד לעבירות פליליות אינו מצדיק מניעה מוקדמת של ביטוי.** המערערים בחרו להחליט שמידע נגיש ברשת האינטרנט, איננו בגדר ביטוי שיש לכלל הציבור זכות לגשת אליו. לשיטתם, משקבע המחוקק שהפעלת מקום הימורים היא עבירה פלילית, אם מתעורר חשד שאתר אינטרנט עובר על הוראות החוק הפלילי, הם רשאים להתעלם מעקרונות חופש הביטוי ולהורות לחוסמו בלא שיהיה כלל צורך לבחון את זכויות הפרט הנפגעות מהוצאת הצווים נשוא הערעור. נשכחו מהם עקרונות יסוד כי: "על-מנת שתהיה משמעות לעיקרון של חופש הביטוי, יש לנקוט דרך של ריסון ממשי בעת קביעת הסדרים כלשהם, הכובלים או מסייגים זכות זו [...] כל הגבלה של תחומיה של זכות כאמור ושל היקפה, העולה מדבר חקיקה, תפורש באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק" (בג"צ יוניברסל, 27-28).

נזכיר כי על-פי דברי המערערים עצמם, החקירה נגד אחת מהחברות המפעילות את האתרים נשוא הצווים, ויקטור צ'נדלר, הסתיימה עוד בשנת 2007 (עמוד 4 שורות 1-2 לפרוט' הדין בבית המשפט קמא), וכי מאז ועד

עצם היום הזה לא הואשמה החברה בעבירות על הדין בישראל. עסקינן אפוא בחשד לביצוע עבירה, והצווים נשוא הערעור הם מניעה מוקדמת של ביטוי, על בסיס חשד והאשמות בלבד. פעולה כזו איננה בסמכות המשטרה. בית המשפט הנכבד פסק לא אחת כי "במשטר הקיים אצלנו הסמכות לקבוע אם אדם עבר עבירה או לא היא בידי רשות שיפוטית ולא בידי פקיד מנהלי" (בג"צ 518/78 **אברהמי נ' שר התחבורה**, פ"ד לב(3) 675, 679). וכדברי כבוד הנשיא (בדימוס) ברק: "הצגה נכונה יותר של השאלה היא, אם להסמיך את רשויות השידור למנוע ביטוי מראש, על בסיס חדש שיש להן כי בוצעה עבירה, לדעתן, מרכזיותו של עקרון חופש הביטוי במשפטנו צריכה להביא למתן תשובה שלילית על שאלה זו. חופש הביטוי יקר הוא לנו מדי, מכדי שנפקיד בידי מומחה לשידור – שאינו בית-משפט ושאינו פועל על-פי הליכי הדין הפלילי – את ההכרעה הקשה של מניעה מראש של ביטוי, אך בשל החדש כי בוצעה עבירה פלילית. הליכה בדרך זו סופה מי ישרנו: הנבחין בין עבירות קשות לבין עבירות קלות, ועל-פי איזו אמת מעדה נעשה הבחנה זו? ומדוע להיעצר בעבירה פלילית? " (בג"צ 399/85 **כהנא נ. רשות השידור** פ"ד מ"א (3) 255. להלן: "עניין כהנא"). בעמ' 301-300 והציטוטים שם.

ערעור זה אינו יוצא דופן בגדר התיקים הקלאסיים שעניינם פגיעה בחופש הביטוי. גם תיק זה עוסק בהתנגשות המסורתית והקשה שבין חופש הביטוי לבין אינטרסים אחרים שעוגנו בחקיקה, לרבות בחקיקה הפלילית. גם הכא מתבקשת הגבלה של חופש הביטוי מראש, בנימוק שהדבר דרוש למניעת עבירה פלילית או אינטרס חשוב אחר. כך, היה בעניין "קול העם" המכונן, שעסק בהתנגשות חופש הביטוי עם ביטחון המדינה ושלוש הציבור (בג"ץ 73/53, **קול העם נ. שר הפנים** פ"ד ז (2), 871); כך היה גם בענין **כהנא** שעסק בהתנגשות חופש הביטוי עם עבירת הגזענות (עבירה על פי סעי' 144 לחוק העונשין); וכך היה גם בענין אחר של אותו כהנא שבו עמד חופש הביטוי אל מול עבירת ההמרדה שעל פי סעיף 134(א) לחוק העונשין (ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב (1) 535). כפי שקבע בית המשפט הנכבד קמא, העובדה שמעשה נקבע כעבירה פלילית (קל וחומר כשמדובר בענייננו בחשד בלבד), אינה פוטרת מהצורך בבחינת עצם הפגיעה בחוק היסוד ומידתה.

6. **זכות הגישה למידע באינטרנט – משפט זר.** בית המשפט האירופי לזכויות אדם הדגיש כי האינטרנט הוא

בעל תפקיד חשוב בהפצת מידע לציבור (*Case of Times Newspapers Ltd. (Nos. 1 and 2) v. The United Kingdom*, § 27 (ECHR judgment, March 10, 2009) [16]. בישראל, בפסק דין של ערכאה נמוכה יותר, כבר נקבע כי בהקשר לאינטרנט "[...]קיומו של מנגנון של צנזורה - כל צנזורה, טומן בחובו בעיתיות מסוימת, שכן הוא מאפשר לאדם אחד או למספר בני אדם, להחליט על פי שיקול דעתם, איזה מידע יגיע לידיעתו של יתר הציבור" (ת"א 37692/03 **סודרי נ' שטלריד** [פדאור (לא פורסם) 05 (19) 304], בעמ' 6). ואכן, בתי-משפט בעולם פסלו פעם אחר פעם ניסיונות לסנן תכנים ולמנוע גישה אליהם, גם כשמדובר היה בכוונה לסכל ביצוע עבירות פליליות או לקדם ערכים חברתיים חשובים אחרים. לדוגמה בלבד:

6.1. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית פסל חקיקה שביקשה להגן על קטינים מפני חשיפה לתוכן מיני בוטה באינטרנט, מחשש לפגיעה בחופש הביטוי (Ashcroft v. American Civil Liberties 542 US 656 (2004))

[17].

6.2. בית המשפט האירופאי לצדק דחה נסיונות לחייב ספקי שירותים באינטרנט לסנן תכנים המפרים זכויות יוצרים מחשש לפגיעה בזכות המשתמשים לקבל ולהפיץ מידע ומחסימת תוכן חוקי בשגגה (C-360/10 Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV (16.2.2012) [18]- C-70/10 Scarlet Extended SA v. ociété belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (24.11.2011) (SABAM) [19].

6.3. שני בתי משפט לעניינים מנהליים בגרמניה פסקו בתחילת שנה זו, כי ספקי גישה לאינטרנט אינם נדרשים לחסום את הגישה לאתרי הימורים שפעילותם אינה חוקית בכמה ממדינות גרמניה הפדרלית (Administrative Court of Düsseldorf, 29 November 2011, Case number: 27 K 5887/10 and 27 K 3883/11.) ; Administrative Court of Köln (Cologne), 12 January 2012, Case number: 6 K 5404/10

6.4. בשנה שעברה פרסם משרד התרבות, המדיה והספורט הבריטי נייר עבודה בעניין עתיד הרגולציה האנגלית על הימורים (§ A consultation on the Regulatory Future of Remote Gambling in Great Britain, 5.42-5.43 (March 22, 2010) [20], ובמסגרתו טען כי החסרונות הגלומים בחסימת גישה לאתרי הימורים עולים על היתרונות שבה. לאור זאת, המליץ המשרד שלא לפעול לחסימת הגישה לאתרי הימורים וכי אם בעתיד יוחלט אחרת, יעוגן הדבר בחקיקה¹.

6.5. לאחרונה ממש החליט הבית הלבן בארצות-הברית להתנגד להצעת חוק שביקשה להקנות לבתי משפט סמכות להורות על חסימת גישה לאתרים מפרי זכויות יוצרים (SOPA – Stop Online Piracy Act H.R. 3261), בין השאר מהטעם ש- " Any effort to combat online piracy must guard against the risk of online censorship of [...] lawful activity [...] (להודעת הבית הלבן : <http://tinyurl.com/7avn7mw> [21].

למען שלמות התמונה יצוין כי למיטב בדיקת המשיבה ובאי כוחה לא נמצא ולו תקדים אחד, ממדינה מערבית מתוקנת, שבה התיימרה רשות כלשהי, לא כל שכן המשטרה, לחסום גישה לאתרי אינטרנט שעיסוקם בהימורים, בלא צו שיפוטי הולם או בלא הסמכה ברורה ומפורשת בדין לעשות כן.

7. **חסימת מידע צריכה לעמוד בהוראות חוק יסוד כבוד אדם וחירותו.** כבר נפסק כי "החופש לגלוש ברחבי הרשת הוא נגזרת של חופש הביטוי" (בר"ע 850/06 (מחוזי חי') מור נ' ידיעות אינטרנט, פסקה 37 (לא פורסם 22.4.2007) מפי כב' השופט עמית). בהתחשב במעמדה החוקתי של הזכות לחופש הביטוי, כל ניסיון לצנזר מידע מקוון צריך שיעמוד בהוראות פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד אדם וחירותו. בין השאר, אך לא רק, צריך שכל ניסיון כאמור ייעשה מכוח הסמכה מפורשת שבחוק ויהיה מידתי, לאמור - האמצעי החמור פחות שיכול להשיג אותה מטרה. המערערים הנכבדים אינם חריגים למושכלות ראשוניים אלה.

¹ ר' באתר שכתובתו: http://www.culture.gov.uk/images/consultations/remotegambling_consultation.pdf

חוק העונשין אינו מסמיך את המערערים להורות לצד שלישי לחסום גישה לאתרי אינטרנט להימורים

8. **מבוא.** כפי שקבע בית המשפט הנכבד קמא בצדק רב, מפקדי המחוזות במשטרה לא היו מוסמכים להורות על חסימת הגישה לאתרי אינטרנט (סעיף 63 לפסק-הדין). ודוק: אין למערערים סמכות כזו גם כשמפרשים את סעיף 229 לחוק העונשין כשלעצמו, ועל אחת כמה וכמה כשהוא נבחן לאור עקרונות היסוד החוקתיים שלעיל. סעיף 229 לחוק העונשין מאזן בין קניינו של בעל המקום וזכותו לחופש עיסוק, לבין מניעת תופעת ההימורים. איזון מסוג זה כלל לא לוקח בחשבון את הפגיעה בחופש הביטוי ובזכות הגישה למידע. המשיבה אינה חולקת על כך שחקיקה שיסודה בעולם הפיזי עשויה להתאים גם לעולם הווירטואלי וכי לא תמיד נדרשת חקיקה מיוחדת לאינטרנט. יחד עם זאת, בניגוד לטענות המערערים וכפי שפסק בית המשפט הנכבד קמא (סעיף 46 לפסק-הדין), רשת האינטרנט אינה זהה לעולם הפיזי, ויש להיזהר מהחלה גורפת של עקרונות העולם הפיזי על רשת האינטרנט (אברהם טננבוים, "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט", שערי משפט ד(2) (2006). להלן: "טננבוים, במאמרו" [22]), ומביצוע אנלוגיות בין העולמות השונים, שיביאו לפעולות שגויות, כפעולה שבנדון.
- הסמכות שבסעיף 229 לחוק העונשין היא סמכות מינהלית, מוגבלת ומצומצמת בזמן ובמקום, להורות על סגירה של מקום פיזי המשמש להימורים (י' זמיר. הסמכות המנהלית, עמ' 761-768 [23]; עת"מ (י-ס) 1709/09 ראזם נ' מפקד מחוז ירושלים, ניצב אהרון פרנקו (30.12.09), פורסם בבנו, סע' 11-12 לפסק הדין). המערערים נטלו סמכות מוגבלת זו והפכו לסמכות שיפוטית, שאינה תחומה בזמן ותחולתה בינלאומית - ולבסוף האצילו את הפעלתה על "צינורות הגישה" לרשת האינטרנט (המשיבים הפורמליים). בצווים נשוא העתירה לא מתקיים ולו מרכיב אחד מאלו המוזכרים בסעיף 229 לחוק העונשין.
9. **נקודת המוצא הפרשנית.** נקודת המוצא לפרשנות היא לשון החוק, כאשר מבין מגוון האפשרויות הלשוניות על בית המשפט לבחור את הפרשנות המגשימה את תכלית החקיקה. אכן, המשמעות המשפטית תקבע על פי התכלית המונחת ביסוד החקיקה, עם זאת יש לזכור כי "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון" (סעיף 32 לפסק-הדין קמא והאסמכתאות הנזכרות בו. כן ראו, לדוגמה, את ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין נ' פוליטי, פ"ד סב (4) 280; עע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "שרונים", פ"ד ס(2) 230).
10. **פרשנות לשונית.** נסיונם של המערערים למצוא בחוק העונשין סמכות שאין להם מבוסס על ארבעה יסודות רעועים: **האחד**, מבקש לגרוס כי אתר אינטרנט הוא "חצרים"; **השני**, שחסימת גישה לאתר אינטרנט היא "סגירה" של "חצרים" כאלה למרות שאלה ממשיכים בפעולתם; **השלישי**, שסמכות שניתנה למערערים עצמם, רשאים הם להטילה על גורם אחר, ועוד על זה שחשיבותו קריטית לתעבורת המידע באינטרנט; **הרביעי**, ש"חצרים" לעניין חוק העונשין הטריטוריאלי הוא גם אתר אינטרנט מחוץ לגבולות ישראל.
- א. **אתר אינטרנט אינו "חצרים".** סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין מסמיך את מפקד המשטרה לסגור "מקום משחקים אסורים" [ההדגשה הוספה]. "מקום משחקים אסורים" הוא "חצרים" (סעיף 224 לחוק). בדין ובצדק קבע בית המשפט הנכבד קמא כי "חצרים" (premises) משמעם "מקרקעין". אתר אינטרנט אינו

"מקום" ולבטח אינו "חצרים", אלא אוסף של 'דפים' ובהם מידע האגור כקבצים על גבי מחשב-שרת (Server) המתקשר עם מחשבים אחרים באינטרנט (טננבוים, במאמרו). המערערים מודים בכך בטענתם כי "במרחב האינטרנט ה"מקום" מבוטא במידע דיגיטלי" (סעיף 27 לסיכומים). רכיבי האתר יכולים להישמר במחשב אחד, או על פני מחשבים רבים במקומות שונים בעולם. כך, ברי שהאנאלוגיה האוטומטית בין אתר לבין 'מקום' שגויה מיסודה.

כפי שקבע בית המשפט הנכבד קמא בצדק רב, אין דין חסימת גישה למידע, כדין סגירת מקום פיזי, בין היתר, עקב הפגיעה בחופש הביטוי (סעיף 46 לפסק-הדין). סגירה פיזית אינה פוגעת בזכויות הציבור הרחב; חסימת גישה למידע - פוגעת. ודוק: אפילו ניתן היה לאסור על גישה למידע העולה כדי ביצוע עבירה פלילית, אזי בשל מעמדה המיוחד של זכות זו היה על המערערים להשית איסור שכזה על מפרסם המידע ולא על ספקי הגישה אליו, ובפרט לא על מי שמבקשים לעיין בו ("אין כל ספק שראוי, ערכית ועקרונית, להטיל את מלאכת סינון הגולשים המהמרים על מפעיל אתר ההימורים, ולא על ספק הגישה לאינטרנט, לאור הקשר הישיר של הראשון והעובדה שהוא נושא רווחים מהימורים אלו" - חיים ויסמונסקי, "הימורים באינטרנט - דין חדש וישן", רשימות בנתיב קנייני הרוח - השנתון למשפט תקשורת וטכנולוגיה 291 (2004) [24]). חסימה כזו צריכה בכל מקרה להיעשות בזהירות רבה ובין היתר לדקדק בהגדרת המידע האסור ובאופן ההגבלה. קציני המשטרה בענייננו, בחרו להגביל את מי שמבקשים לגשת למידע, בלא ביקורת שיפוטית, ללא הגבלת זמן ומבלי להבחין בין סוגי המידע השונים.

לו תתקבל פרשנות המשטרה, חלילה, תהיינה לכך השלכות מרחיקות לכת. על-פי אותו היגיון תיטול לעצמה המשטרה סמכות מכוח סעי' 23 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968 המסמיך קצין משטרה לסגור "חצרים" שבהם עוסקים במכירת משקאות משכרים, ותורה על חסימת גישה לאתרי מסחר אלקטרוני מהטעם שהם מציעים למכירה גם יין ומשקאות חריפים. ומכוח סעי' 20 לאותו חוק המסמיך גורמים שונים "לצוות בכתב על הפסקה ארעית של העיסוק בעסק, אם בסגירת החצרים ואם בכל דרך אחרת" - יוצאו צווים לחסימת גישה לכל אתר ואתר באינטרנט. זו ההתחלה והסוף מי ישרנו.

ודוק: אין ענייננו במדרון חלק תיאורטי ורחוק, שגם הוא שיקול רלוונטי שיש להתחשב בו (לדוגמה: דברי כב' הנשיא גרוניס בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התצ"ר, סא (1) 461; דברי כב' השופט רובינשטיין בע"פ 5386/05 אלוורטי נ' מ"י (נבו, מיום 18.5.2006) ובע"א 6726/05 הידרולה נ' פקיד שומה (נבו, מיום 5.6.2008) ולדברי כב' השופטת ארבל בע"א 8163/05 הדד נ' פלונית (פדאור, 07 (24) 589)), אלא בפרשנותה העכשווית והחדשה של המשטרה המבקשת ליצור תפקיד צנזור החדש לעולם האינטרנט. צא ולמד: הענקת סמכויות מנהליות, חריגות ומוגבלות בהיקפן למשטרה, בעולם הפיזי, אינה תואמת באופן אוטומטי את העולם המקוון.

ב. **סגירה אינה חסימת גישה.** אין משמעות למונח "סגירה" בקשר לאתר אינטרנט, אלא אם הכוונה היא להפסקת פעולתו של האתר עצמו (ר' סעי' 39-41 לפסק דינו של בית המשפט קמא). פעולה זו מושגת למשל באמצעות ניתוק האתר מחיבורו לאינטרנט, השבתת פעולת השרת או מחיקה של קבצי האתר מהשרת עליו הוא פועל. אלא, שהצווים נשוא העתירה לא התיימרו ולא עשו דבר מהפעולות הנ"ל. הצווים לא

הורו על סגירה ופעולת האתרים נשוא הצווים לא הופסקה כלל. זאת ועוד, אין דין סגירה של חצרים כדין חסימת גישה למידע (סעיף 48 לפסק-הדין של בית המשפט קמא). חצרים נעדרים את הערך החוקתי של מידע. בנוסף, בעוד שלסגירת חצרים השלכה מקומית, מוגבלת וקצובה בזמן עד לסיום ההליך המשפטי, לחסימת אתרים נודעת השפעה על כלל משתמשי האינטרנט. יתר על כן, בחסימה גורפת של אתר אינטרנט לא נעשית כל הבחנה בין סוגי המידע באתרים, שיש בהם מידע חוקי למהדרין ושמשמש גם לתכליות לגיטימיות כדוגמת מחקר, לימוד, שעשוע, גיבוש דעה אישית וכדומה.

ג. ספקי-גישה לאינטרנט אינם זרועה הביצועית של המשטרה. ספקי הגישה לאינטרנט אינם גופים

פרטיים סתם. מדובר במי שמשמש כצינור המידע של הגולשים לרשת האינטרנט. ספקי הגישה או חזים בתפקיד חשוב מאין כמוהו לציבור לשם מימוש זכות הגישה למידע. צו לחסימת גישה גולשים לאתרים, אשר אינו מופנה נגד האתרים עצמם אלא כלפי ספקי הגישה לאינטרנט, כדי שיתפקדו כזרוע הארוכה של השלטון, פוגע בזכויות כלל הציבור. כאשר רצה המחוקק להתיר לגופי חוק להיעזר בצינורות מידע חשובים אלה בתחום הפלילי, עשה כן באופן מפורש (השווה: בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007). צדק אפוא בית המשפט קמא בקובעו כי "נוסף על האמור, חסימת גישה לאתרי הימורים מתבצעת באמצעות צדדים שלישיים, ספקי הגישה, והדבר מעורר שאלות באשר לגבולות האחריות של ספקי הגישה, הן כלפי המדינה והן כלפי הצרכנים, ולגבי אופן החסימה בפועל – באילו אמצעים טכנולוגיים מצופה מהספקיות לבצעה." (סעיף 46 לפסק-הדין קמא).

וידגש: אין בסעיף 229 לחוק העונשין סימן וזכר לסמכות של מפקד מחוז להטיל על צד שלישי כלשהו את ביצוע התפקיד שהחוק השית עליו. כמאמר בית המשפט בענין אחד: "[...] בהעדר אסמכתא בחוק, אין אפשרות להטיל על האזרח, ולו גם אם מדובר בחברה פרטית או ציבורית - לבצע פעולות במסגרת חקירה. [...] אומנם קיים בחוק הליך של "הטלת תפקיד", אולם משביקש המחוקק להסמיק גוף פרטי לבצע תפקיד, הרי הוא עיגן הליך כזה, במפורש - בספר החוקים" (ב"ש (מחוזי ת"א) 90868/00 נטוויז'ן נ' משטרה צבאית (מיום 22.6.2000); ראה גם את בג"ץ 39/82 אלעזר הנפלינג נ' צבי צילקר, ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537, 541 (1982)). ודוק: המערערים עצמם, במכתבם למשיבה מיום 25.8.2010, הודיעו כי הצווים הוצאו במסגרת חקירה ולפיכך לא תישמע על ידם טענה הפוכה במסגרת ערעור זה.

המערערים מבקשים בסיכומיהם להצניע את מהות הפעולה שנמסרה לספקי הגישה, ובכך להצדיקה. בנסיונם אין ממש: הסמכות שמסרה המשטרה לספקי הגישה הינה סמכות ביצועית, הנמשכת מדי יום, ואיננה מוגבלת בזמן. כך, כתובות האתרים יכולים להשתנות (הן שמות המתחם והן כתובות ה-IP); תכני האתרים משתנים כל יום; זהות בעלי האתרים עשויה להשתנות, ולמעשה, מצופה מספקי הגישה לבחון בעצמם, מדי יום, את הנסיבות שעמדו בבסיס הצווים (והאם השתנו), ולפעול בהתאם. עניין פליפוביץ, שהובא בסעיף 46 לסיכומי המשיבים בהליך הקודם, עסק בהסתייעות פשוטה באחר, בגדר המשפט האזרחי, ובעניינים טכניים. ענייננו שונה בתכלית.

ד. **האם אתר אינטרנט על גבי שרת זר הוא "מקום" בישראל?** המערערים טוענים בסיכומיהם כי אתר הפועל על-גבי שרת-מחשב מחוץ לתחום הטריטוריאלי של ישראל הוא "מקום" בתחום המדינה שסמכות מפקד המשטרה חלה עליו (סעיף 27 לסיכומים). לטענת המערערים "באינטרנט אין לדבר עוד על מקום יחיד אלא על רב-מקומיות" הנוצרת על-ידי משתמשי האינטרנט המורידים את המידע מאתר האינטרנט אל מחשבי הקצה שלהם ולפיכך חסימת הגישה למשתמשי קצה ישראלים משמעה סגירתו של מקום הימורים בישראל. טענה זו דורשת הוכחה והיא תלויה בטכנולוגיה. לא ניתן להסתמך על פסקי דין שניתנו לפני עשר שנים (Gutnick) ו-13 שנים (World Interactive Gaming) – מאות קודמות במושגי אינטרנט – ולסבור שהם נכונים גם בהתחשב בטכנולוגיה הנוהגת כיום בכלל, ובפעולתם של האתרים נשוא הצווים שכאן בפרט. המערערים לא הוכיחו טענתם זו.

ה. **על גבולות הפרשנות המילולית של החוק** בעת מאבק בתופעת ההימורים עמדו גם ערכאות שונות בארצות-הברית: בשנת 2008 ביקשו שלטונות מדינת קנטאקי לעקל בצו בית משפט 141 שמות מתחם ("דומיינים") שנטען שמשמשים להימורים ברשת. הערכאה הדיונית נענתה לבקשה על סמך הוראת החוק שעניינה עיקול "מכשירי הימורים" (gambling device). בערעור נהפכה ההחלטה ונפסק כי פרשנות הרואה בשמות מתחם משום מכשירי הימורים, "מותחת את גבול התמימות" (Interactive Media Entertainment and Gaming Association, Inc. v. Commonwealth of Kentucky, No. 2008-CA-002000 (Ky. Ct. App. 2009)) [25]. במסגרת זו הודגש שיש לקחת בחשבון את בחירת בית המחוקקים שלא לתקן את ההגדרה הסטטוטורית. בית המשפט העליון של מדינת קנטאקי הפך את התוצאה מטעמים שבזכות עמידה כשהוא מציין בהערת אגב כי נימוקי ערכאת הערעור, לגופם של דברים, משכנעים.

11. **פרשנות תכליתית.** המערערים טוענים כי תכליתו של סימן י"ב לחוק העונשין היא ערכית ומעשית (סעיף 33 לסיכומיהם). על כך אין חולק. אלא שהם שוגים בשניים אלה: (א) לא ניתן לבחון את תכלית החוק במנותק מלשונו, וזו, כאמור, אינה מאפשרת לראות באינטרנט "חצרים" או "מקום" ובחסימת גישה אליו באמצעות ספקי גישה משום "סגירה"; (ב) השאלה הטעונה בחינה היא אך ורק מה תכליתו של סעיף 229 לחוק העונשין, שכן יש בו רק סמכויות עזר למימוש מטרותיו של סימן י"ב, ולא מה תכליתו של הסימן בכללותו. תכליתו של סעיף 229 לחוק העונשין משתקפת בנוהל של המערערת 3 משנת 2008 שכותרתו "נוהל סמכויות אכיפה בעסקים" (צורף כנספת י"ב לעתירה. להלן: "הנוהל"). עיון בנוהל מלמד כי המשטרה מבינה את סעיף 229 כמוסב על הסדר ההתנהגות העסקית ושלוש הציבור, ומקנה סמכות חריגה וזמנית באופייה (מעין סעד זמני בטרם כתב אישום). כך לדוגמה, מחייב הנוהל ש"מפקד המחוז יגביל את תוקף צו הסגירה לפרק הזמן המינימאלי הנדרש להשגת התכלית של שמירה על שלום הציבור ולא מעבר לכך" (סעיף 6.ג.5. לנוהל). מנגד, הצווים שבוטלו אינם תחומים בזמן. בנוסף, קובע נוהל זה ש"מפקד המחוז ישתמש בסמכותו במקרים כאשר הדבר דרוש בדחיפות למניעת סכנה ממשית וחמורה לשלום הציבור או להשבתו של שלום הציבור על כנו לאחר שמצא כי לא ניתן להשיג את המטרה באמצעים הפחותים בחומרתם." (סעיף 4.ג.5 לנוהל) לא

ברור מה הדחיפות שמצאה המשטרה בחסימת גישה לאתרים הפועלים במשך שנים ארוכות והאם נשקלו אמצעים פחותים בחומרתם. בצויהם סטו אפוא המערערים הן מלשונן של סעיף 229 לחוק העונשין והן מתכליתו כפי שהם עצמם פירשו אותה.

זאת ועוד, צדק בית המשפט הנכבד קמא כשקבע כי ההשלכות של חסימת גישה לאתר אינטרנט שונות לגמרי מסגירת מקום פיזי (סעיף 46 לפסק-דין):

א. **בעיות בחסימת גישה.** חסימת גישה לאתרי אינטרנט לוקה בבעיות טכניות מהותיות. היא עלולה לחסום גישה לאתרים תמימים לגמרי ובוודאי חוסמת תוכן לגיטימי (כפי שהוכח בנסיבות המקרה כאן). בית המשפט פדרלי בארצות-הברית פסל חוק שחוקקה פנסילבניה ב-2002, אשר חייב ספקי גישה לאינטרנט לפעול לפי דרישת התובע הכללי במדינה ולחסום גישה לתוכן פורנוגרפי לילדים. בין טעמי הפסילה: (א) הובאו ראיות למכביר שהוכיחו כיצד שיטת החסימה הביאה למניעת גישה לכ-1.2 מיליון אתרי רשת לגיטימיים; (ב) החסימה על בסיס כתובת האינטרנט של האתר (URL) מביאה לחסימת-יתר מאחר והיא מונעת גישה גם של כל תוכן עתידי שעשוי להחליף התוכן הפסול (Center for Democracy and Technology v. Pappert 337 F. Supp. 2d 606 (C.D. Penn. 2004)). נציגי המדינה הודו בבעיות שבחסימה בדיון שקיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ב-14.1.2008 בהצעת חוק פרטית שביקשה להקנות סמכות מפורשת לחסימת גישה לאתרי הימורים (פרוטוקול הישיבה צורף כנספח י"א לעתירת המשיבה בביהמ"ש קמא). כך, נציג משרד המשפטים בדיון עמד על החשש לחסימת יתר, מצד אחד, ועל הקלות שבה האתר הנחסם יכול לעקוף את החסימה, מצד שני (עמ' 7 לאותו פרוטוקול); נציג הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע ("רמו"ט"), עו"ד אשכנזי, עמד על הקושי לעקוב בקביעות אחר האפקטיביות של החסימה (עמ' 6 למטה לפרוטוקול) ונציג משטרת ישראל, רב-פקד תמם, הוא ראש צוות החקירה במקרה שכאן, אמר מניה וביה כי "מבחינת לחסום גישה לאתרים ברחבי האינטרנט, הדבר הוא כמעט בלתי אפשרי..." (עמ' 9 למטה). מצער שהמערערים גורסים כעת בסיכומיהם שטענות בדבר יעילותה הלקויה של חסימת גישה ובעיותיה אינן יכולות להישמע מפי המשיבה, בעודם מודים בהן בעצמם במסגרות אחרות.

ב. **התחייבויות בינלאומיות.** חסימה עלולה להשליך על התחייבויות המדינה באמנות הבינלאומיות GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) ו-TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), כפי שנציג רמו"ט, עו"ד אשכנזי, הודה באותו דיון בכנסת (עמ' 8 לפרוטוקול אותו דיון). אמנות אלה עמדו ביסוד תביעה שהגישה אנטיגואה בפני ארגון הסחר העולמי (WTO) נגד ארצות-הברית שביקשה להשית הגבלות על הימורי אינטרנט.

ג. **אחריות ספקים.** בצדק ציין בית-המשפט קמא (עמ' 16 לפסק-הדין בשורות 5 – 9) שחסימת גישה מעוררת שאלות של אחריות ספקי-גישה מול המדינה והצרכנים ויש לה עלות שעלולה להיות "מגולגלת" על משתמשי האינטרנט;

ד. **מדיניות שיפוטית.** פגיעה בחופש הביטוי ובזכות הגישה למידע בפרט, צריכה להיעשות אך ורק בחקיקה מפורשת. בפרט, עת אין מחלוקת בענייננו כי ההסדר התחקיתי עליו נסמכת המשטרה גובש בקשר עם העולם הפיזי ואיזוניו, והוא קורס לחלוטין בקשר לעולם הווירטואלי. ודוק: פעולת המשטרה בענייננו הינה יצירת "הסדר ראשוני" שצריך ויכול להיקבע רק על ידי המחוקק. מהות הצווים שהוציאה המשטרה, השלכותיהם החברתיות הרוחביות, וכן פגיעתם בחירויות הפרטים מחייבת מסקנה זו (בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש מ"י). הסדר שכזה, אשר נמצא במוקד של ויכוח ציבורי (ובבית המחוקקים) על עצם קיומו ועל אופיו, יש לקבוע אך ורק בדרך של חקיקה ראשית ואין המשטרה מוסמכת לעשות כן (בבג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 546 וכן בבג"ץ 2740/96 שניסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 491, 504). וכן ע"א 524/88 "פרי העמק" נ' יעקב ואח', פ"ד מה(4) 529, 552). בפרט, בית משפט נכבד זה קבע לא אחת כי בעניינים תקדימיים הנוגעים להסדרת רשת האינטרנט וחופש הביטוי, יש להמתין להסדרים מפורשים של המחוקק: שתי הלכות אלה אשר עסקו בחשיפת פרטי מעולים אנונימיים במסגרת המשפט האזרחי (רע"א 4447/07 מור נ' ברק (25.3.2010); ע"א 1622/09 גוגל ישראל נ' חב' ברוקרטוב (1.7.2010)), יפות בדרך של קל וחומר לענייננו העוסק בהפעלת סמכויות הריבון על פי דיני העונשין.

אשר על כן צדק בית המשפט הנכבד קמא בקובעו כי "[...] בסוגיות העוסקות בהצרתו של חופש הביטוי באינטרנט, יש להמתין להסדרה מפורשת בחקיקה הראשית. כאמור, קיים צורך בדיון ציבורי מעמיק, במהלכו ישקלו השיקולים השונים, ולבסוף יוחלט על המדיניות והכלים ליישומה... זו הדרך הראויה שיש לילך בה, ואין להשתמש בפרשנות "לולינית" על מנת ליתן למשטרה סמכויות מכללא לפגוע בזכויות האזרח, ללא שהיא תחומה על ידי המחוקק, ואף בלא שקיימת ביקורת שיפוטית ראויה עליה" (סעיף 49 לפסק-הדין).

12. **הצעות-החוק הפרטיות.** בפני הכנסת עמדו לא פחות מארבע הצעות חוק פרטיות שביקשו לתקן את חוק העונשין כך שיסמך את המערערים לחסום גישה לאתרי הימורים. והנה, עד הנה, לא תוקן חוק העונשין לא בשל "עצלות המחוקק" חלילה, כי אם בשל שורה של הסתייגויות מהותיות מהסמכות המבוקשת, הסתייגויות שהעלו בראש ובראשונה נציגי משרד המשפטים והמשטרה, ובכלל זאת: קשיים טכניים בחסימה (עמ' 6 לפרוט' הדיון בוועדת החוקה מיום 14.1.2008 – דברי עו"ד אשכנזי נציג רמו"ט); העדר איזונים בהצעה (עמ' 7, דברי עו"ד אשכנזי); חסימת יתר (עמ' 7, דברי עו"ד דקל, נציג משרד המשפטים) ואפשרות קלה לעקיפת חסימה (עמ' 7, דברי עו"ד דקל), חשש להפרת התחייבויות בינלאומיות של ישראל (דברי עו"ד אשכנזי, בעמ' 8 לפרוט' ודברי עו"ד דקל בעמ' 9 לפרוט'), העדר אפקטיביות וקלות העקיפה של הצווים (דברי נציג משטרת ישראל, רפ"ק תמס, הוא מי שעמד בראש צוות החקירה בענין שכאן!) (בעמ' 9), שימוש בספקי הגישה כצנזורים וחשש ברור ממדרון חלקלק (עו"ד רות זילברפרב, נציגת לשכת עוה"ד, בעמ' 10) ועוד. מכל אלה התעלמו המערערים. בנסיבות, החלטת המחוקק שלא לתקן את החוק כמוצע, מעידה על כך שההסדר הקיים בחוק

(לפחות במתכונתו הנוכחית) אינו מתיר לחסום גישה לאתרים – ולא פחות מכך על הצורך בהסדר חקיקתי מאוזן, כפי שהציע כב' בית משפט קמא (סעיף 49 לפסק-דינו).

דין הצווים ביטול ולו מהטעם שהם אינם מידתיים

למען הזהירות ייאמר כי אפילו היה סעיף 229 לחוק העונשין מסמיך את המערערים לחסום גישה לאתרי הימורים, המערערים הפעילו סמכותם באופן שאינו מידתי ולפיכך דין הצווים להתבטל:

13. **קיימים אמצעים שפגיעתם פחותה.** היה על המערערים להראות כי האמצעי אשר נבחר להשגת מטרת החקיקה הוא האמצעי שפגיעתו פחותה בזכויות הציבור (בג"צ 1715/97 מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פד"י נא (4) 367 (24.9.1997)). אין חולק כי המערערים ביצעו ומבצעים פעולות אחרות כנגד פעילות ההימורים באינטרנט ובכלל זה עצירת סליקה של עסקאות אשראי ומניעת מכירת כרטיסי חיוב (pre-paid) לשימוש באתרים אלה. מדובר באמצעים המונעים פעולה ולא חוסמים תוכן. ככאלה, הם משיגים את מטרתם בלא לפגוע בחופש הגישה למידע ועל המערערים ליישם אותם ושכמותם.

14. **התועלת מהצווים אינה פרופורציונאלית לפגיעתם בערכי היסוד.** אפילו ניתן לומר שהצווים מתאימים להשגת המטרה ואפילו לא היה אמצעי מתון מהם (ולא כן היא), צריך שיתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח מהצווים להיקף פגיעתם (שם, בבג"צ מנהלי ההשקעות בעמ' 384). די בהקשר זה להזכיר את שאמרו נציגי משרד המשפטים ונציגי המערערים עצמם במהלך ההליך התחקיתי לתיקון חוק העונשין בענייננו. יתר על כן, ואולי בעיקר: נזכיר את הודאת נציגי המשטרה עצמה, לפיה עסקינן בצו לא אפקטיבי וחסר משמעות (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 14.1.2008, נספח י"ד לעתירה).

15. **לא הוגשו כתבי אישום.** המערערים לא הגישו כתבי אישום כנגד בעלי האתרים נשוא הצווים (לא כל שכן צווי מעצר ו/או צווי הסגרה), למרות שעל פי הודאת המערערים בדיון בבית המשפט הנכבד קמא, לפחות לגבי חלקם תמה החקירה כבר לפני שנים רבות. בכך ביקשו המערערים להמיר את דרך המלך בצווים מנהליים הפוגעים בציבור. ודוק, העובדה שבעלי האתרים או חלקם שוהים או פועלים מחו"ל, איננה משנה, שכן אמצעי מידתי איננו בהכרח האמצעי הפשוט. להיפך: "זכויות אדם עולות כסף" (בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 355 (2000)). יפים לענייננו דברי כב' הנשיא ברק (בדימוס): "מקום שהפגיעה בשלום הציבור באה מפעילות בלתי חוקית של צדדים שלישיים, צריך המאמץ השלטוני להיות מכוון למניעתה של פעילות זו ולא להגבלתה של החירות [...]". (בג"צ 2665/98 נחום נ' מפקד מרחב דן, פ"ד נב (2), 454 (1998) בעמ' 460).

16. זהו כמובן רק קצה הקרחון. עוד ניתן למנות את העדר ההגבלה בזמן. בהעדר הסמכה מפורשת בחוק ובהעדר בקרה שיפוטית, פעלו המערערים באופן בלתי מידתי – לא רק בהעדפת "צנזורה" על פני אמצעים פוגעניים פחות, אלא גם בהוצאת צווים לתקופה בלתי מוגבלת בזמן; את העדר האבחנה בין תוכן בלתי-חוקי לתוכן חוקי. הצווים הוצאו לחסימת האתרים באופן גורף, ללא כל הבחנה בין תוכן אסור למותר; את

השימוש בספקים כזרועה הארוכה של המשטרה. הצווים עושים שימוש בספקי הגישה כזרוע ביצועית של המערערים, ללא כל סמכות בדין.

זכות עמידת המשיבה

17. **המשיבה.** המשיבה היא עמותה רשומה שהוקמה בשנת 1994 כגוף בלתי תלוי המנוהל בהתנדבות, ופועל לקידום האינטרנט והטמעתו בישראל כתשתית טכנולוגית, מחקרית, חינוכית, חברתית ועסקית. במסגרת זו, פועלת המשיבה לפיתוח, קידום וניהול שירותי תשתית חיוניים לקיומו של האינטרנט בישראל, לצמצום הפער הדיגיטאלי בישראל ולייצוג ישראל במסגרות בינלאומיות בעלות חשיבות לקביעת עתיד האינטרנט. המערערים כופרים בסיכומיהם וטוענים כי עת קיים עותר נפגע, אשר בוחר שלא לעתור לבית המשפט, אין לשיטתם להכיר בזכות העמידה של העותר הציבורי (סעיף 16 לסיכומיהם). השניה, כי הפעלת אתרי הימורים היא פעילות לא חוקית שאיננה נכללת בחופש הביטוי (סעיף 18 לסיכומיהם).

18. **נפגעים ישירים.** צווי המערערים לא הופנו נגד בעלי האתרים, שהן חברות בינלאומיות. ממילא לא ברור האם וכיצד הובאו הצווים לידיעתם בפועל (המערערים לא מסרו פרטים כלשהם על כך). ודוק: האינטרס של העותרים הפוטנציאליים, קרי: בעלי האתרים ובפרט ספקי גישה לאינטרנט (המשיבים הפורמליים) הוא אינטרס כלכלי מוגבל. שיקולים של פגיעה בזכויות חוקתיות, קיום שלטון החוק וכיו"ב – כל אלה אינם מעניינם. אין לשכות גם שספקי הגישה לאינטרנט (המשיבים הפורמליים) תלויים ברישיון מטעם המדינה ומטבע הדברים לא בנקל יעתרו נגדה (רישיון מיוחד הנדרש על-פי הוראות חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982). כפי הנראה, לא בכדי בחרו אלה האחרונים למלא את פיהם מים על אף התנגדותם: מרביתם לא הגיבו ואף לא אחד מהם התייצב לדיונים בהליך זה. שתיתקם איננה ממעיטה מזכות העמידה של המשיבה. נהפוך הוא, היא ממחישה את חשיבותה של העתירה שהגישה המשיבה.

19. **קיומו של אינטרס ציבורי עצמאי, מובחן ונפרד.** למשיבה אין כל אינטרס כלכלי, או מסחרי בעניין. עתירת המשיבה הוגשה רק בשל האינטרס הציבורי החשוב בחופש הגישה והנגישות לאינטרנט (ראה: סעיף 10 לפסק-הדין קמא). זכויות שנפגעו ללא תקנה מהצווים נשוא הערעור. **בדיוק בשל מקרים מסוג זה הורחבה זכות עמידתו של העותר הציבורי.** כפי שהוכח בפועל בענייננו, לעיתים זו הדרך היחידה לאפשר ביקורת שיפוטית בעניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לשלטון החוק, עקרונות חוקתיים ותיקון פגמים בפעולת המינהל הציבורי כבענייננו. "[...] כאשר הסוגיה המועלית בעתירה היא בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרשת מעבר למחלוקת הפרטנית וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשפט הדמוקרטי ולזכויות האדם ושאינן לגביה עותר בעל אינטרס ישיר לבקש סעד" ישמע בית המשפט עותר ציבורי גם אם קיים נפגע שלא עתר (בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר (נבו, 22.3.2009), בעמ' 12; בג"ץ 962/07 לירן נ' היועמ"ש (נבו, 1.4.2007), בעמ' 8).

צדק אפוא בית המשפט הנכבד קמא בקובעו כי: "השאלה אם למשטרה קיימת סמכות ליתן את הצווים האמורים, היא שאלה החורגת מעבר לנסיבות המקרה הספציפי, וככזו בעלת חשיבות ציבורית כללית" (סעיף 9 לפסק-דין). ובהמשך: "זכות העמידה הקנויה לה היא כמי שמייצגת את עניינו של הגולש הישראלי כבעל עניין ישיר בצווים

לאור הפגיעה לכאורה בזכות הגישה למידע הנתונה לו. בנוסף, מדובר בנושא בעל חשיבות ציבורית כללית הנוגע לאכיפה של ערכים חוקתיים ושמירה על שלטון החוק, והדבר מהווה תמריץ משמעותי לבירור העתירה לגופה." (סעיף 10 לפסק-דינו).

20. **התשתית העובדתית הובררה כדבעי.** אין ממש בטענת המערערים כאילו הגשת העתירה על ידי המשיבה פגעה בתשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט קמא (סעיף 19 לסיכומיהם). ראשית, הטענות העובדתיות הצריכות לעניין נתמכו כולן בתצהירו של יו"ר המשיבה, מומחה בתחום האינטרנט (אשר המערערים בחרו שלא לחקרו), ושנית, נתמכו הטענות כולן בהודאות המערערים בערכאה דלמטה וכן בדברי נציגיהם בוועדות השונות בכנסת. יצוין שהמערערים הם אלה שנמנעו מפרישת התשתית העובדתית בפני בית המשפט קמא: כך, למשל, לא צירפו המערערים כל מסמך בקשר "לוועדות השונות" שמוזכרות בטיעוניהם, לא צירפו כל מסמך בקשר להנחיות כלשהן להוצאת הצווים דנא, ואף לא צירפו כל מסמך בקשר להחלטות רבות ושונות שהזכירו כאילו התקבלו. הלכה פסוקה היא כי החלטתה של כל רשות מנהלית חייבת להסתמך על תשתית עובדתית מוצקה ואיתנה על מנת שתיחשב כסבירה (בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412). עת הצביעה המשיבה על ספק מהותי בחוקיות פעולות המשטרה (שלא לומר כשל מהותי), עבר הנטל אל המערערים להוכיח את חוקיות פעולותיהם (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241).

21. בשולי הדברים יצוין כי בניגוד לטענות המערערים (סעיף 21 לסיכומיהם), טענות המשיבה הן טענות מובהקות של עותר ציבורי. הטענה בדבר הפגיעה בזכות השימוע יסודה בכך ש"דיון בנושא כה מהותי לחברה [...] , דיון שהמחוקק מתלבט לגביו משך שנים, דיון שנוגע לזכויות הבסיסיות של כל אדם ואדם, ראוי שיעשה בשיקול הדעת [...] " (סעיף 141 לעתירה), הטענה בדבר האפליה אשר לא רק זו שנטענה בשולי העתירה, אלא שקשורה היא בטבורה לבחינת מידתיות הפעולה (העדר אפקטיביות מחד והתעלמות מאלפי אתרים אחרים מאידך).

סוף דבר: הסמכות לקביעת הסדר ראשוני כדוגמת ענייננו נתונה למחוקק

הפגמים בצווי המערערים, רבים הם ומהותיים. לצד מלאכת המערערים "החוקרים", ביקשו הם להיות גם המאשימים, שופטים ומוציאים לפועל של פסק-דין סופי (בלא שהוגש כתב אישום) ואף הורו כיצד לבצעו. פעולות אלה מתעלמות מעקרונות-יסוד, מהדיון בבית המחוקקים ותוך פרשנות לולינית של הוראות הדין. פגיעה בחופש הביטוי, יכול שתעשה בחקיקה מפורשת. עת לא העניק המחוקק סמכות זו לקציני המשטרה, לא היו רשאים הם לקרוא אל דבר החקיקה הגבלה כלשהיא על חופש הביטוי. **עסקינן "בהסדר ראשוני" שצריך ויכול להיקבע רק על ידי המחוקק.** מהות הצווים, השלכותיהם החברתיות הרוחביות, וכן פגיעתם בחירות הפרטים מחייבת מסקנה זו (ר' בעניין פרשות רמי מור וגוגל ישראל שהוזכרו לעיל וכן ובפרט דברי כבוד השופט ח. מלצר, בעמ' 41 לע"א 9183/09 הפריימייר ליג נ. פלוני, מיום 13.5.2012, בהם קבע בית משפט נכבד זה ממש כמו בענייננו כי בהקשר של הגבלת זכויות יסוד במסגרת רשת האינטרנט (בין היתר אל מול ביצוע עבירות פליליות), יש וראוי להמתין למחוקק שיאמר את דברו). מכל אלה, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הערעור ולחייב את המערערים בהוצאות המשיבה.