

פסק הדין בעניין איגוד האינטרנט כמקרה מבחן

הקושי להתמודד עם המרחב האינטרנטי במישור המשפטי בהיעדר הסדרה בחקיקה ראשית

מאת

גל יהושע* ובוועז גדות**

מבוא; א. סעיף 229 לחוק העונשין – ההסדר החקיקתי בדבר "סגירת מקומות הימורים"; 1. ההסדר החקיקתי בדבר "סגירת מקומות הימורים" – תכליות ואינטרסים. ב. ניתוח המהלך הפרשני וההכרעה הסופית; 1. אתר אינטרנט כ"מקום" לעניין סעיף 229(א)(1); 2. חסימת גישה מותרת כחלק מסמכות הסגירה; 3. השימוש בצד שלישי לצורך השימוש בסמכות; 4. הסתייעות באחר מחייבת הסכמה; 5. הבעייתיות בהנמקת בית המשפט והדין העולה ממנה. ג. החלת חקיקה קיימת על המרחב האינטרנטי – קשיים ובעיות; 1. החלת חקיקה קיימת מחייבת הליך פרשני מרחיב; 2. ייחודו של המרחב האינטרנטי מחייב נוסחת איזון ייחודית; 3. שימור הנוסחה המקורית מעורר בעיית איזון אינטרסים; 4. ביטויים של בעיית איזון האינטרסים; ד. המודל הראוי בראי המשפט המשווה. סיכום.

מבוא

בשנים האחרונות חלה עלייה הדרגתית במספר התיקים המשפטיים העוסקים בפעילות אינטרנטית, או בתוצאותיה ובהשפעותיה של פעילות זו. העובדות מצביעות על גידול מתמיד במספר המשתמשים ברשת האינטרנט וכן על קצב התפתחות מסחרר של הטכנולוגיות המאפשרות לבצע עבירות ברשת האינטרנט,¹ גידול אשר באופן טבעי מתבטא גם במספר התיקים המובאים לדיון בערכאות השיפוטיות. ואולם המחוקק הישראלי טרם הביע עמדתו המקיפה והמהותית בעניין התאמת הדין הקיים לפעילות זו. אמנם נקבע כי מבחינה עקרונית החוק הקיים חל גם על המרחב הווירטואלי,² ואף נחקקו מספר דברי חקיקה ספציפיים בנוגע לרשת האינטרנט,³ אך טרם ניתן פתרון מקיף ומותאם לבעיות שעוללות להיווצר בהקשר של השימוש באינטרנט. בעידן ההולך והופך לוורטואלי במרוצת השנים, זיהוי הבעיות הנ"ל, כמו גם הצעת פתרונות פוטנציאליים להן, הופכים לחיוניים יותר ויותר.

* בעל LL.B (הצטיינות יתרה) ו-B.A (כלכלה) באוניברסיטת חיפה. סטודנט לתואר שני (European Master in Law and Economics) וחבר מערכת כתב העת "הארץ דין" לשנת הלימודים תשע"ד. ברצוננו להודות לפרופ' אמנון רייכמן על ההנחיה, לסגני העורכים קרן חכים ושי אוצרי על ההערות המועילות והזמן שהושקע בעריכה וכן לשאר חברי המערכת.

** בעל LL.B ו-LL.M במשפטים; B.A. בפסיכולוגיה ובכלכלה.

1 מיכל אגמון-גוון "האינטרנט כעיר מקלט!! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית ידע 207, 207 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011). כמו כן ראו: משטרת, ישראל השנתון הסטטיסטי משטרת ישראל 79 (2014) <http://www.police.gov.il/Doc/TfasimDoc/%D7%A9%D7%A0%D7%AA%D7%95%D7%9F%202014%20v2.pdf>.

2 ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "אינטרנט בחקיקה בישראל: ספירת מלאי" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע 29, 43 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

3 למשל: חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001; חוק המחשבים, התשנ"ה-1995. ראו אלקין-קורן ובירנהק, לעיל ה"ש 2, לבדיקה אמפירית של התייחסויות החקיקה בישראל לאינטרנט.

בהארה זו נסקור וננתח את פסק הדין בעניין **משטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, העוסק באתרי הימורים וירטואליים.⁴ לשיטתנו, פסק הדין ממחיש את הבעיות העיקריות של חקיקת האינטרנט, או היעדרה, וחושף את הקושי המשפטי הנוכחי להתמודד עם עבירות המבוצעות במרחב הווירטואלי, בהיעדר כלים סטטוטוריים מותאמים.

טענתנו היא כי הכרעת הרוב לבטל את צווי הסגירה שהופנו לספקיות האינטרנט הייתה נכונה, ואילו ההנמקה שביסוד הכרעה זו היא בעייתית. כפי שנראה, בית המשפט העליון פירש בהרחבה את סמכות המשטרה לסגור מקומות הימורים והחיל אותה גם על המרחב האינטרנטי. בתום תהליך זה, שלילת תוקפם של הצווים שנדונו בפסק הדין נבעה אך מהקביעה כי הפניית הצו לספקיות האינטרנט (להבדיל מהפנייתו לבעלי האתרים) היא משום היעזרות באחר, ולכן היא מחייבת את קבלת הסכמתן. כפי שנראה, דרך זו היא שגויה בעינינו. גם אם יש בה כדי להשיג את התוצאה הנכונה במקרה הנדון, היא מבטאת הכרה בפועל בסמכות המשטרה להוציא צווים לסגירת אתרי הימורים באינטרנט. כמו כן, עולה ממנה כי אם תושג הסכמת הספקיות בעתיד, סגירת האתרים תהא חוקית. בכל אלה יש משום החלת חוק שאינו מותאם למרחב הווירטואלי, ובלי שהמחוקק נתן דעתו על האינטרסים הרלוונטיים במרחב זה, ובעיקר על האיזון ביניהם. דעתנו היא כי ראוי היה להימנע ממהלך פרשני זה, ולהותיר למחוקק את בחינת הסוגיה ואת הסדרת פתרונה, או לחלופין לפתח את המשפט המקובל מתוך ראייה כוללת, עד אשר תבוא הסדרה חקיקתית.

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: תיאור ההסדר החקיקתי בדבר "סגירת מקומות הימורים"; ניתוח הסיבות להכרעת שופטי הרוב שלא להחיל את ההסדר האמור, והצבעה על בעייתיות ההנמקה; פירוט הקשיים והבעיות הנובעים מהחלת הסדרים קיימים על המרחב האינטרנטי בכלל, ועל תחום ההימורים בפרט; סקירה משווה של שיטות משפט זרות לשם מציאת פתרונות הסדרה ראויים לסוגיית ההימורים האינטרנטיים.

א. סעיף 229 לחוק העונשין – ההסדר החקיקתי בדבר "סגירת מקומות הימורים"

כחלק מפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **איגוד האינטרנט**, נקבע כי אתר אינטרנט מקוון הוא בגדר "מקום" לעניין סעיף 229(א) לחוק העונשין,⁵ שעניינו "סגירת מקומות הימורים". עם זאת נקבע כי הסעיף אינו מעניק למשטרה סמכות להוציא צווי ביצוע לספקיות האינטרנט, כחלק ממאמציה לחסום את הגישה לאתרי ההימורים. לשם הבנתן של קביעות אלו, יש לבחון את ההסדר הקבוע בסעיף 229 לחוק העונשין, ואת המהלך הפרשני של החלתו על המרחב הווירטואלי.

1. ההסדר החקיקתי בדבר "סגירת מקומות הימורים" – תכליות ואינטרסים

סימן י"ב לחוק העונשין מסדיר את נושא המשחקים האסורים, וסעיפיו מטילים סנקציות פליליות שונות על המארגנים הגרלות, הימורים ומשחקים אסורים ועל המשתתפים בהם. במסגרת זו, סעיף 229 לחוק העונשין עוסק בסמכות המשטרה לנקוט צעדים כלפי מקומות שהימורים בלתי חוקיים מתקיימים בהם. בפרט קובע הסעיף שמפקד המחוז רשאי להורות על "סגירתו" של "מקום משחקים אסורים", המוגדר "חצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים", או לחלופין על "סגירתו" של "מקום לעריכת הגרלות או הימורים".

מאז ומתמיד התייחסו המחוקק ובתי המשפט באופן שלילי כלפי הימורים המנוהלים על ידי גופים פרטיים.⁶ בפסיקותיו הסביר בית המשפט העליון כי ישנן כמה תכליות לאיסור לקיים הגרלות והימורים: תכלית ערכית מובהקת המבוססת על

4 ע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי** (פורסם בנבו, 24.3.2013) (להלן – **איגוד האינטרנט**).

5 סעיף 229(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – **החוק**).

6 חוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשכ"ד-1964; בג"ץ 131/65 **סביצקי נ' שר האוצר**, פ"ד (2) 376, 369 (1965).

גל יהושע ובוועז גדות, "פסק הדין בעניין איגוד האינטרנט כמקרה מבחן", **הארץ דין** ט(1) 37 (תשע"ה)

הרצון לצמצם את התמריץ להתעשרות קלה שאיננה בעמל; תכלית פטרנליסטית (בעלת מישורים תועלתניים) הנוגעת לחשש מפני אבדן כספים קיצוני שיפגע במהמרים ובמשפחותיהם, שעלולים להפוך לנטל על החברה; ותכלית של צמצום פשיעה הנובעת מהתמכרות להימורים ומאבדן הכספים הנלווה להתמכרות זו.⁷ במאמר מוסגר יצוין שתכליות אלו לא מנעו את מתן הגושפנקה למפעלי הימורים המנוהלים על ידי גופים הפועלים באופן מעשי מטעם המדינה כגון "מפעל הפיס". ככלל, ההסדר הנוגע ל"סגירת מקומות הימורים" מתבסס על התכליות האמורות,⁸ ונוספת עליהן תכלית מניעתית – הרצון למנוע מראש את פתיחתם של מקומות הימורים העלולים לפגוע בשלום הציבור ולהביא לעבריינות.⁹ לפיכך הארה זו תצא מנקודת הנחה, שאינה נקייה מספקות,¹⁰ שתכליתו של החוק ראויה. כמו כן אנו מוכנים להניח, הנחה בעייתית אף יותר, שראוי לסגור אתרי הימורים, ולא להסתפק באמצעים אחרים.¹¹

לצד מטרות אלו, אין להתעלם מכך שההסדר, המאשר סגירת אתרים, עלול לטמון בחובו פגיעה מהותית בזכויות חוקתיות: לפגוע בפגיעה של ממש בחופש העיסוק של מפעילי המקום שנסגר, כמו גם בזכות הקניין של בעליו. אמנם בית המשפט העליון פסק שמדובר בפגיעה העומדת במבחנים החוקתיים, אפילו כאשר מדובר במקום הימורים שנעשות בו גם פעולות חוקיות ולגיטימיות פרט למשחקים האסורים.¹² עם זאת, עשוי להיות לעניין זה הבדל בין אתר ממשי-פיסי לאתר אינטרנט, שכן מעצם טיבו המדיום הדיגיטלי מאפשר החלפת דעות, ולכן חופש הביטוי של באי המקום עלול להיפגע, ובייחוד אם מדובר בסגירתו של אתר הימורים אינטרנטי שמושמעות בו דעות ומוחלפים בו רעיונות לגיטימיים. ברם, בפרשת **איגוד האינטרנט** קבע בית המשפט כי ככל שחופש הביטוי נפגע במקרה זה, עוצמת הפגיעה מוגבלת.¹³ בהארה זו לא נתעמת עם קביעותיו אלו של בית המשפט, ונצא מנקודת הנחה שאף הן ראויות.

אנו נתמקד בהיבט ההליכי של סגירת מקום הימורים. ההסדר החוקי בעניין סגירת מקומות הימורים משקף שאיפה להבטיח את הזכות להליך הוגן, בעיקר באמצעות קביעת תנאים לשימוש בסמכות הסגירה ומתן זכות טיעון לנפגעים כדלקמן:¹⁴ נדרשת תשתית ראייתית לשם הוצאת צו הסגירה;¹⁵ בחינת החומר נעשית על ידי הפרקליטות והיועץ המשפטי של המשטרה; מוענקת זכות טיעון למפעיל או לבעל המקום;¹⁶ סמכות הוצאת הצו נמצאת בידי מפקד מחוז בדרגת ניצב; הרואה עצמו נפגע מהוצאת הצו רשאי להגיש בקשה לעיון חוזר; ניתן להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים;¹⁷ לאחר הוצאת הצו המשטרה בוחנת מעת לעת, ושוקלת לכל הפחות אחת לחודשיים, האם להותיר את הצו בתוקפו, לבטלו או לשנותו. כל אלה מיועדים לאזן בין האינטרסים השונים, ולהבטיח שימוש ראוי, מדתי ויעיל בסמכות. ניתן בהחלט לטעון שההסדר הנדון יעיל בקידום התכליות בעולם הממשי, כלומר כאשר מדובר בסגירה פיזית של חדרי הימורים, אולם עולה השאלה אם ההסדר יעיל ומידתי גם בהקשר של הימורים באינטרנט. בפרק הבא נבחן את החלטת סעיף 229 על הימורים במובנם הווירטואלי ונסה לענות על שאלה זו.

7 שם וכן: עע"מ 4436/02 **תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים**, פ"ד נח(3) 782, 795–796 (2004).
8 ראו בש"א (שלום ת"א) 32354/03 **גיליאן סחר ושיווק בינלאומי בע"מ נ' משטרת ישראל**, פסקה 33 (פורסם בנבו, 9.2.2004). פסק הדין מנחה לתכליות הכלליות העומדות ביסוד האיסור הכללי על הימורים, כפי שרע"פ 9140/99 **רומנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 349, 357 (2000) ובעניין **סביצקי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 376, כתכליות שעומדות ביסוד ההסדר בדבר "סגירת מקומות הימורים".
9 דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים) (תיקון מס' 2), התשל"ה–1974, ה"ח 14, 14.
10 אסף הרדוף **הפשע המקוון** 299 (2010) (להלן – הרדוף **הפשע המקוון**). בפרט עיינו בה"ש 5, שם.
11 הצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד–2014, ה"ח 338.
12 עניין **תשעים הכדורים**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 814–815.
13 עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 4, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.
14 שם, בפסקה 49 לפסק דינו של השופט נ' סולברג.
15 לביקורת על הפגיעה הפוטנציאלית הגלומה בזכויותיו הדיוניות של הנפגע מהצו, בין היתר מפני שמדובר בראיות מנהליות בלבד, ראו: עת"מ (י-ם) 1666/09 **סאלימה קאזם נ' משטרת ישראל**, בעמ' 10 (פורסם בנבו, 3.12.09).
16 ראו מכתב ההתראה לפני הוצאת הצו אשר הוצא לספקיות בעניין איגוד האינטרנט: http://2jk.org/praxis/wp-content/uploads/2010/08/IP_Blocking_Warrant.jpg.
17 ס' 1(5) לחוק בית המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס–2000 וכן ס' 7 לתוספת הראשונה לחוק זה.

ב. ניתוח המהלך הפרשני וההכרעה הסופית

בפרק זה ניווכח ששופטי בית המשפט העליון עשו כברת דרך פרשנית ארוכה בכל הקשור להחלת סעיף 229(א)(1) על המרחב הווירטואלי. כך, כותב דעת הרוב השופט פוגלמן והנשיא גרוניס שהצטרף לפסק דינו, הסכימו לפרשנותו של השופט סולברג שאתר אינטרנט הוא בגדר "מקום", וקיבלו את עמדתו בכל הנוגע לסמכות המשטרה להורות על חסימת גישה כחלק מסמכותה לסגור מקומות הימורים. השופטים היו תמימי דעים גם באשר למידתיות הפגיעה בזכויות יסוד עקב חסימת הגישה לאתרים, ובנוגע למידתיות האמצעי שנבחר, כלומר חסימת כתובות ה-IP בשרתי הספקיות. לפיכך על פניו, שופטי הרוב הסכימו כי סעיף 229(א)(1) ניתן להחלה במלואו על המרחב הווירטואלי. מכוח הסכמה זו ניתן לטעון כי לו צווי המניעה היו מיועדים למפעילי האתרים הנדונים, הם היו מאושרים על ידי בית המשפט העליון. אולם מאחר שצווי הסגירה היו מיועדים לספקיות האינטרנט, נדחתה בקשת המשטרה בנימוק של חוסר סמכות. מכוח הנמקה זו נראה כי לו הייתה מתקבלת הסכמת הספקיות לסגירת האתרים, לא הייתה מתעוררת כל בעיה בהוצאת הצווים. בסופו של הפרק נצביע על הבעייתיות הטמונה בהנמקה זו ובמשמעויות המעשיות הנגזרות ממנה.

1. אתר אינטרנט כ"מקום" לעניין סעיף 229(א)(1)

כאמור, סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין מאפשר למשטרת ישראל להורות על סגירתו של "מקום לעריכת הגרלות או הימורים". אף שניתן לטעון כנקודת מוצא שאתר אינטרנט,¹⁸ לפי טיבו והגדרתו הטכנולוגית, איננו בגדר "מקום", הרי לדעת בית המשפט העליון אין בכך כדי להוציא את המרחב הווירטואלי מתחום התחולה של סעיף 229(א)(1). נקבע כי לשון הסעיף "סובלת" את סיווגו של המרחב הווירטואלי כ"מקום",¹⁹ בהתבסס על ההלכה ש"מילות החוק אינן מבצרים אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק".²⁰ לדעתנו, יש קושי במהלך פרשני זה. בית המשפט מכיר בכך שהלשון הנקטת במרבית דברי החקיקה איננה ערוכה למושגים וירטואליים, ומכך מסיק שאין מנוס מהרחבת המשמעות של "מקום". לראיה מובאות כמה דוגמאות שבהן נדרש כי המונח "מקום" יכלול גם אתר אינטרנט, למשל בעניין איסור הפליה באינטרנט לפי חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, וכן בעבירות של תמיכה אינטרנטית בארגון טרור.²¹ עם זאת, אם נקודת המוצא היא שלשון החקיקה אינה מתאימה, ולפיכך על בית המשפט לבצע עדכונים והתאמות, הרי המהלך הפרשני הנדון איננו נקי מספקות. לפחות במקרה אחד סירב בית המשפט לבצע התאמות כאמור. בפרשת רמי מור²² סירב בית המשפט לאפשר חשיפת שמות גולשים, אף שבשימוש דומה בכלים פרשניים היה אפשר להגיע למסקנה הפוכה, כפי שעולה מפסיקת בית המשפט המחוזי בסוגיה זו.

2. חסימת גישה מותרת כחלק מסמכות הסגירה

קושי פרשני נוסף התעורר לנוכח הוראת סעיף 229(א)(1) כי המשטרה רשאית "לסגור" מקומות הימורים, להבדיל מהוצאת צו המורה על חסימת הגישה אליהם. לעניין זה נקבע כי מדובר בהיסק מכוח קל וחומר, שכן אם המשטרה מוסמכת

18 פסיקתו של בית המשפט המחוזי בעניין איגוד האינטרנט, עת"מ (ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' שחר אילון ניצב מפקד מחוז תל אביב, בפסקה 37 (פורסם בנבו, 2.4.2012) (להלן – איגוד האינטרנט (פסק הדין של בית המשפט המחוזי)), וראו גם טיעוני איגוד האינטרנט הישראלי בכתב העתירה המנהלית בעת"מ (ת"א) 45606-10-10 האמור, בעמ' 14. https://www.isoc.org.il/docs/Online_Gambling_Appeal.pdf.

19 עניין איגוד האינטרנט, לעיל ה"ש 4, פסקאות 31–36 לפסק דינו של השופט נ' סולברג.

20 ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427 (1980).

21 ראה סעיף 2 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000. וכן הכרעת דין מרשיעה בעבירה של תמיכה בארגון טרור שבוצעה באינטרנט, ובה נפסק כי זהו "מקום ציבורי": ת"פ (נצ"י) 12641-11-10 מדינת ישראל נ' אבו סלים, פסקאות 47–56 לפסק דינה של סגנית הנשיא יונג'גפר (פורסם בנבו, 1.4.2012). וכן עניין איגוד האינטרנט, לעיל ה"ש 4, פסקאות 31–36 לפסק דינו של השופט נ' סולברג.

22 רע"א 4447/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים, פ"ד (סג) 664 (2010).

גל יהושע ובוועז גדות, "פסק הדין בעניין איגוד האינטרנט כמקרה מבחן", **הארץ דין** ט(1) 37 (תשע"ה)

לסגור אתרי הימורים בלתי חוקיים באינטרנט, לבטח היא מוסמכת לחסום או להגביל את הגישה אליהם, מאחר שמדובר באמצעי פוגעני במידה פחותה.²³

בעניין זה הבהיר השופט סולברג כי המחוקק אינו יכול לצפות את חידושי הטכנולוגיה, אך המציאות מלמדת כי האינטרנט פותח אופקים חדשים לעולם הפשע ויש לחסמם.²⁴ לשיטתו, הסדרה חקיקתית כוללת של הנושא תהא כמובן עדיפה, אולם גם בנוסח הנוכחי של החוק יש כדי להניח את הדעת באשר לסמכות המשטרה להוציא צווים להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט, בהתבסס על תכלית החקיקה העונשית המחייבת מאמץ פרשני לשם מניעת פרצות באכיפת הדין הפלילי.²⁵ לעניין תכלית החקיקה, הודגש כי פגיעתם הקשה של ההימורים האינטרנטיים עולה לאין ערוך על זו של הימורים במקום פיזי, עקב זמינות האינטרנט, נגישותו ומאפייניו הייחודיים. לפיכך הסכימו השופטים שפגיעה זו מצדיקה שימוש באמצעים כגון חסימת גישה באמצעות שרתי הספקיות. אם יש יכולת טכנית למנוע הימורים אלו, גם אם לא באמצעות סגירה אלא על ידי חסימת גישה, ראוי להגשים תכלית זו.²⁶

ניתן לטעון שקביעה זו, המתבססת כאמור על שיקולי "קל וחומר", היא בעייתית. ראשית, אין זה ברור אם חסימת גישה אכן פוגעת פחות מסגירה: מבחינת התוצאה, חסימת גישה שקולה לסגירה בעיני גולשים מהאזור שממנו הגישה חסומה. זאת ועוד, חסימת הגישה עלולה לגלוש לדפים שאין בהם עצמם פעילות הימורים אסורה, וכך נמנע מהגולשים מידע המוגן על ידי עקרון חופש הביטוי, לרבות מידע על אתר שהפעילות בו אסורה. כמו כן ייתכנו מצבים שבהם סגירה ממוקדת של אתר ספציפי תהא פוגענית פחות מחסימת גישה, אם חסימה זו אינה ממוקדת דיה.²⁷

לסיכום, אף שלא הייתה תמיכת רוב לתוצאה הסופית בפסיקת השופט סולברג, לאחר שנקבע כי הוראת סעיף 229(א)(1) איננה מסמיכה את המשטרה להורות לצד שלישי לסייע לה להשתמש בסמכותה, אפס כי רוב המהלך הפרשני שלו התקבל על דעת שאר שופטי ההרכב. כך נקבע כי ניתן להחיל את הסעיף על אתרי אינטרנט מקוונים, שהם בגדר "מקום". נוסף על כך התקבל הטיעון הנוגע לחסימת גישה לאתרים מקוונים, כחלק מסמכויות העזר של המשטרה לסגור מקומות הימורים.

3. השימוש בצד שלישי לצורך השימוש בסמכות

המחלוקת המרכזית והמהותית בין שופטי ההרכב הייתה נעוצה בשאלת סמכותה של המשטרה להורות לצד שלישי, בענייננו ספקיות האינטרנט, לחסום את כתובות ה-IP בשרתים המופעלים על ידיהן, בלי שתידרש הסכמתן וללא הפעלת שיקול דעת מצדן. לדעת השופט פוגלמן,²⁸ סמכות המשטרה לסגור מקומות הימורים מכוח סעיף 229(א)(1) אמנם חלה גם על מקומות במובנם הווירטואלי, אולם סמכות זו מוקנית למשטרה, והיא שצריכה להוציאה אל הפועל. כלומר אין בסעיף משום מתן סמכות למשטרה להורות לצד שלישי לבצע את הפעולה שסמכות ביצועה ניתנה למשטרה. במילים אחרות, פרשנותו של השופט פוגלמן הייתה דווקנית בכל הקשור להיקף הפעלת הסמכות המוקנית מכוחו, ולכן הוא קבע כי הוצאת צווים אישיים לספקיות האינטרנט, הכוללים הוראה לביצוע פעולה, שאינה מותנית בהסכמתן או במתן אפשרות להפעיל שיקול דעת מצדן, ותוך חשיפתן לסנקציות משפטיות במקרה של סירוב לביצוע הפעולה הנדונה, מהווה חריגה מהותית מהסמכות המוקנית למשטרה בסעיף 229(א)(1). לשיטתו, כדי לאשר צווים אלה, החיקוק הנדון צריך לכלול סמכות מפורשת, שתתיר היעזרות בצד שלישי לשימוש בסמכות המוקנית בסעיף. קביעתו התבססה על הפסיקה בעניין **פיליפוביץ'**,²⁹ שבה נקבע שיחוד סמכות

23 זאת בניגוד לגישת הסבורים כי אין להחיל על האינטרנט חוקי מקום, זמן ומדינה כלל. ראה אסמכתאות: יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" **מחקרי משפט** כג(1) 259 (2006); אגמון-גונן, לעיל ה"ש 1.
24 עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 4, פסקה 29 לפסק דינו של השופט סולברג.
25 שם, פסקאות 36–41 לפסק דינו של השופט נ' סולברג.
26 שם, פסקאות 40–41 לפסק דינו של השופט נ' סולברג.
27 Center for Democracy & Technology v. Pappert, 337 F.Supp.2d 606 (E.D Penn., 2004).
28 עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 4, פסקה 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
29 בג"ץ 2303/90 **פיליפוביץ' נ' רשם החברות**, פ"ד מו(1) 410, 420 (1992).

לנושא משרה שלטונית על ידי המחוקק משמעו כי "נושא משרה זה, הוא ולא אחר, יגשימה"³⁰ ובייחוד נכון הדבר בעת שמדובר בסמכות האכיפה הפלילית. מכיוון שסמכות מפורשת זו אינה מופיעה בסעיף, הסיק השופט פוגלמן שאין בסמכות המשטרה לפעול כפי שפעלה.

כבר עתה יצוין כי מבחינה פרשנית לא ברור מדוע נקט השופט פוגלמן פרשנות מרחיבה לעניין הגדרת "מקום" אך פרשנות צרה לעניין הסמכות להורות לצד שלישי לפעול. אם אימץ השופט פוגלמן את שיטת הפרשנות התכליתית, דומה כי היה עליו להתמודד עם תכלית החוק (ובהקשר זה עם כוחו של שוטר, בממד הפיזי, לא רק לסגור שער של קניון בעצמו אלא גם להורות לשומר המועסק על ידי חברת הבטחה לסגור שער זה). ואם לדעתו של השופט פוגלמן יש, במסגרת הפרשנות התכליתית, להקפיד גם על תכליות אחרות, כגון הדרישה להסמכה מפורשת של המשטרה להפעיל את כוחה, הרי תכלית זו אמורה לחול גם על עצם הגדרת ה"מקום". כלומר, היה עליו ברוח זו גם לפסוק כי יתכבד המחוקק וייתן דעתו על השאלה אם אתר אינטרנט הוא "מקום" (וכידוע, העניין מורכב, שכן ייתכנו אתרים אשר מתקיימות בהן פעילויות שונות ומגוונות).

מנקודה זו עבר הדיון בפסק הדין לשאלת סמכות העזר המוקנית לרשות מנהלית לשם ביצוע תפקידה.³¹ לפי סעיף 17 לחוק הפרשנות, רשות מנהלית המוסמכת לבצע פעולה מסוימת, תהיה מוסמכת לקבוע נוהלי עבודה שאינם מופיעים בחיקוק הרלוונטי, ולקבוע סמכויות עזר "הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת".³² כלומר ניתן לטעון שהמשטרה פעלה על פי סמכויות העזר העומדות לרשותה כאשר הורתה לספקיות האינטרנט לחסום את הגישה לאתרי הימורים. אולם השופט פוגלמן, הבחין כאן בין "אצילת סמכויות" ובין "היעזרות באחר" ודחה טענה זו. לשיטתו, במקרה הנדון אין מדובר באצילת סמכות, מאחר שזו כוללת מתן אפשרות לגוף הנאצל להפעיל את שיקול דעתו באשר לאופן הפעלת הסמכות,³³ מה שלא התקיים בענייננו. זאת ועוד, ספקיות האינטרנט הן בגדר גופים פרטיים, וקיימת חזקה פרשנית האוסרת אצילת סמכויות לגוף פרטי,³⁴ מה שמותיר אותנו עם האפשרות של הסתייעות באחר.

4. הסתייעות באחר מחייבת הסכמה

בעניין **פיליפוביץ'** נקבע שרשות מנהלית יכולה להסתייע בגופים פרטיים בכל הקשור להיבטים הטכניים של הפעלת סמכותה. לכן, לכאורה, וזו אכן הייתה דעתו של השופט סולברג, ניתן לטעון כי שימוש המשטרה בספקיות האינטרנט לשם חסימת כתובות IP עומדת בתנאי "ההיבטים הטכניים". אולם לדעת השופט פוגלמן, הבעיה נעוצה בצורך לקבל את הסכמתו של ה"אחר" לסייע. כך נקבע כי הסתייעות באחר יכולה להתקיים רק במקרים שבהם הגוף הפרטי מסכים לשמש כלי עזר בידי הרשות המנהלית, ובוודאי אינה מתקיימת כאשר הסתייעות זו נכפית על אותו גוף, כמו במקרה של צו המורה על ביצוע פעולה מסוימת. לדעת השופט פוגלמן, הטלת חובה לסייע לרשות מנהלית מתאפשרת רק במקרים שבהם החיקוק הרלוונטי מקנה סמכות כזו,³⁵ בעוד במקרה שלפנינו תנאי זה אינו מתקיים. לכן כאשר המשטרה מבקשת מבית המשפט לנפק צו המחייב את ספקיות האינטרנט לסייע, אין מדובר ב"הסתייעות באחר", אלא בחריגה מסמכות.

עד שלב זה שופטי הרוב היו מוכנים להגמיש את הפרשנות כמתבקש ולראות באתר אינטרנט "מקום הימורים" לפי סעיף 229(א)(1). עוד הם הסכימו להניח שחסימת גישה כמוה כ"סגירת מקום". לכאורה, הם גם היו יכולים לפתור את הבעיה

30 עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 4, פסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

31 סעיף 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

32 שם, ס"ק (ב).

33 עניין **פיליפוביץ'**, לעיל בה"ש 29, בעמ' 424.

34 ע"מ 6848/10 **ארז נ' עיריית גבעתיים**, פסקה 18 (פורסם בנבו, 30.5.2012).

35 השופט פוגלמן, בעניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 4, בפסקה 16 לפסק דינו, ציין את סעיף 20 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, לפיו "כל אדם חייב לעזור לשוטר לעצור אדם שהוא מוסמך לעוצרו"; ואת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ה-2007 ("חוק האח הגדול"), המאפשר לרשויות החקירה לדרוש מספקיות שירותי תקשורת למסור נתוני תקשורת כאלה ואחרים.

האחרונה שנתרה, ולקבוע שהמשטרה יכולה להורות על הגשת סיוע טכני מצד הספקיות, או לחלופין לקבוע שניתנה הסכמה בשתיקה. אולם הגישה הפרשנית המרחיבה הנ"ל באה אל סופה כאשר היא חייבה הוספת סמכות שאינה מופיעה בחוק – הסמכות לחייב את הספקיות לסייע, ללא הסכמה ובלא שיקול דעת, ולצדה סנקציה במקרה של סירוב. השופט פוגלמן נמנע מלהשלים את המהלך הפרשני שהתחיל השופט סולברג, והפנה את הבעיה, בשיתוף הנשיא גרוניס,³⁶ לפתחו של המחוקק. לשיטתו, רק המחוקק יכול וצריך להסדיר כראוי את סוגיית המרחב האינטרנטי, בהסדר מקיף ולא בפתרונות ביניים נקודתיים מצד הפסיקה.

5. הבעייתיות בהנמקת בית המשפט והדין העולה ממנה

ההתמקדות בהסכמת הספקיות, וביטול הצווים בהתבסס על היעדר הסכמה, ממחישים עד כמה ההכרעה הסופית בפסק הדין הינה בעייתית. ראשית, ניתן לטעון שהפרשנות של בית המשפט, שלפיה אתר אינטרנט יכול להיחשב למקום שבו מתרחשים הימורים, היא רק פרשנות אפשרית אחת. כך, למשל, בית המשפט היה יכול להגדיר דווקא את שרתי האינטרנט של הספקיות "מקום" לעניין סעיף 229(א)(1). כשם שניתן מבחינה לשונית לראות באתרי האינטרנט חצרים שבהם מתקיימים הימורים, כך היה אפשר לנהוג גם בשרתיהן של הספקיות, שהרי הגישה והעברת המידע מאותם אתרי הימורים מתחוללת בפועל בשרתים. לפי פרשנות אפשרית זו, יכולה הייתה המשטרה להוציא לספקיות האינטרנט צו לסגירת ה"מקום", בין משום שסמכות זו נגזרת מכוח היסק קל וחומר מן הסמכות לסגור את השרתים לחלוטין, ובין משום שהחצרים שבהם ההימורים מתרחשים מוגדרים בצמצום ככוללים רק את "מסלול" העברת המידע (כתובת ה-IP) ולא את כלל השרתים. קונסטרוקציה כזו הייתה מאפשרת למשטרה להתגבר על הצורך בהסכמת הספקיות, תוך שימוש במהלך פרשני פשוט יותר, שכן להבדיל מהאתר, מיקומם של השרתים הוא אכן מקום פיזי.

שנית, הדין העולה מהמהלך הפרשני הוא בעייתי כשלעצמו. בפסק הדין נקבע שהמשטרה אינה רשאית לחייב את הספקיות לחסום גישה לאתרי הימורים, אך לא נאמר מה המשטרה כן רשאית לעשות. למעשה, לא הוכרעה השאלה החשובה ביותר, זו הנוגעת לסמכויות המשטרה בהליכי האכיפה במרחב האינטרנטי, מה שמותר את אי-הוודאות המקורית בעינה. על כן ניתן לתהות מה בכל זאת נכלל בגדר סמכויות העזר של המשטרה – האם רשויות האכיפה מוסמכות להשיג את הסכמת הספקיות באמצעים שונים, למשל אמצעי לחץ או מתן תמריצים?

שלישית, הנמקת השופטים אינה ממצה את הדיון בנושא הסכמת הספקיות ונפקותה המשפטית. בשלב הראשון, ניתן בהחלט לתהות מה יהיה הדין במקרה שבו תינתן הסכמה מפורשת של הספקיות לסייע למשטרה בפעולותיה, ואם פעולת החסימה תיחשב חוקית. בשלב השני, ניתן לטעון שהבעיה המרכזית טמונה בהתניית הצווים בהסכמת הספקיות, קונסטרוקציה העשויה להעיד על העברה בפועל של שיקול דעת מהותי לגוף פרטי. מכיוון שהפעלת הסמכות תבוצע הלכה למעשה על ידי הספקיות, ללא התערבות מהותית מצד המשטרה, הרי מדובר בהצלת סמכויות דה-פקטו, פרקטיקה שבית המשפט העליון עצמו פסל בהלכת **פיליפוביץ'**. רואים אנו אפוא שיש סתירה פנימית מסוימת בעמדתו של השופט פוגלמן, אשר נרתע מאצילה לגוף פרטי, בעוד משמעות ההלכה שנקבעה עשויה להיות בדיוק זו.

לסיכום, אף שבעניין **איגוד האינטרנט** נפסק כי הוצאת הצווים חרגה מסמכות המשטרה, הרי עצם המהלך פרשני שלפיו ניתן להחיל את סעיף 229(א)(1) גם "בעולם הווירטואלי", מעורר בעיות וקשיים אינהרנטיים. בפרק הבא נרחיב את הדיון ונעסוק בקשיים הטבועים בכל מהלך פרשני שמטרתו התאמת חקיקה קיימת למרחב הווירטואלי.

36 עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ח"ש 4, פסק דינו של הנשיא גרוניס.

ג. החלת חקיקה קיימת על המרחב האינטרנטי – קשיים ובעיות

בפרק זה נבחן את הבעיות והקשיים הנובעים מהחלה ישירה של הסדרים קיימים על המרחב האינטרנטי, ונדגיש את ההסדר בנוגע להימורים. נטען כי הבעיה המרכזית היא בעיית איזון אינטרסים, הנובעת מייחודו וממרכזיותו של האינטרנט. לפיכך שימור נוסחת האיזון המקורית כחלק מהליך הפרשנות הנדרש בעת החלת חקיקה קיימת על האינטרנט אינו פשוט כל עיקר. לשיטתנו, האיזון המקורי אינו מתאים בהקשר הווירטואלי, ולכן שימורו אינו ראוי. על כן יישום חקיקה קיימת מחייב יצירת איזון חדש, שייתן ביטוי למורכבותו של המרחב האינטרנטי ולאינטרסים הבסיסיים הנכללים בו, וראוי כי איזון זה יוסדר על ידי המחוקק. לאור זאת נטען כי מוטב היה להימנע מהחלה ישירה של ההסדר שבסעיף 229 לחוק העונשין ומהמהלך הפרשני שנווה לה.

1. החלת חקיקה קיימת מחייבת הליך פרשני מרחיב

מרביתם של הסדרי החקיקה הקיימים נחקקו באופן טבעי לפני הופעת האינטרנט, ולפיכך הם לא נועדו להתאים למרחב האינטרנטי. על כן כל החלה של הסדרים קיימים על מרחב זה בהכרח מחייבת שימוש בהליך פרשני, אשר הוא מצד אחד מוגבל עקב קשיים הנובעים מאי-התאמה, ומצד אחר עלול לעורר קשיים מהותיים.

הקושי הבסיסי כרוך בהתאמת היסוד הפיזי הנדרש בחוק למרחב הווירטואלי.³⁷ לשון החוק כוללת לרוב נסיבות "פיזיות" אשר לא בהכרח מתאימות למרחב מופשט. כך, למשל, בהקשר של פסק הדין בעניין **איגוד האינטרנט**, סעיף 229(א1) כולל מונחים כגון "חצרים" ו"סגירת מקום", שיש בהם יסוד פיזי מובהק, ואילו השופטים עוסקים ב"אתר מקוון" ו"חסימת כתובות IP", מונחים החורגים מהתפיסה הגשמית המופיעה בסעיף. אמנם, כפי שנוכחנו לדעת, שופטי ההרכב היו תמימי דעים בנוגע לסוגיות הנ"ל, אולם דעתם המוסכמת חייבה הליך פרשני מרחיב ונרחב. הליך זה, שכפי שראינו קודם לכן מהווה פרשנות אפשרית אחת מני כמה אפשרויות, עלול לעורר קשיים ואי-הסכמות, ומכל מקום יש בו כדי להעיד על אי-הלימה מסוימת בין לשון החוק ובין המרחב האינטרנטי.³⁸

2. ייחודו של המרחב האינטרנטי מחייב נוסחת איזון ייחודית

האינטרנט הוא מדיום טכנולוגי חדש ומהפכני. הוא מאפשר גישה בלתי אמצעית לשפע של מידע, מחבר מיליארדי בני אדם ברשת וירטואלית גלובלית, ורובו ככולו מנוהל בידי גופים פרטיים ללא התערבות מדינתית. מאפיינים ייחודיים אלה יוצרים סביבה משפטית חדשה מצד אחד, ומשפיעים על תחומי משפט מסורתיים רבים מן הצד השני. ההתמודדות המשפטית עם המרחב האינטרנטי מתבטאת אפוא בשני מישורים – הסדרת השימוש באינטרנט, והסדרת השפעותיו של שימוש זה.³⁹ שני תחומים שטרם זכו להסדרה חקיקתית ייחודית.

היעדרה של חקיקה ראשית הביא לידי "ריק" (או חסר) משפטי, שרשויות האכיפה ובתי המשפט נאלצים לפעול במסגרתו ללא הסדרה מה שבהכרח מביא לצורך להפעיל שיקול דעת רחב למדי.⁴⁰ שיקול הדעת הרחב הנדון עלול להביא לשתי בעיות, שכל אחת מהן מצדיקה את התערבות המחוקק: אי-ודאות משפטית ופגיעה בזכויות. מכיוון שתחולת החוק הקיים על המרחב האינטרנטי אינה מובנת מאליה, שופטים שונים עלולים לנקוט הליכי פרשנות שונים ואף מנוגדים. חוסר הוודאות המשפטי עלול אפוא להביא לסתירות בפסיקה, לבזבוז זמן שיפוטי ולגידול בהיקף הליטיגציה.

37 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67, 138–148 (2013).
38 לעניין זה ראו הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 21–25, הסוקר את העמדות השונות באשר לשינויים שעוברת התנהגות באינטרנט (ושכפועל מהם נדרשת התאמה של החוק למרחב האינטרנטי).
39 אגמון-גונן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 242–243.
40 שם.

בעיית חוסר הוודאות צפויה להיפתר במרוצת הזמן לכשיושלם פיתוח דין יציר שפיטה מותאם, אולם לבעיית הפגיעה בזכויות יסוד וחירויות אזרחיות, ובעיקר בזכות לפרטיות⁴¹ ובחופש הביטוי והמידע⁴² לא צפוי מזור "טבעי". כאמור, האינטרנט הוא מרחב ייחודי, זירה רבת חשיבות להשגת מידע ולהתבטאות, תוך שמירה על אנונימיות (או לפחות אנונימיות נחזית). בהתחשב בכך, וכל עוד ספקיות האינטרנט שולטות במנגנון המאפשר חסימת תכנים וחשיפת משתמשים, שיקול דעת רחב מדי, שיתיר למשל לספקיות לפעול לפי בקשת הרשויות, עלול להביא לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות יסוד, בהיעדר פיקוח, איזון והסדרה הולמים.

3. שימור הנוסחה המקורית מעורר בעיית איזון אינטרסים

חיוניותו של האינטרנט להגשמתן של זכויות אזרחיות בסיסיות, והסיכון הפוטנציאלי לפגיעה בזכויות אלה עקב החלת חקיקה קיימת, מחייבים שימוש בנוסחת איזון ייחודית, שלעתיים קרובות תהיה שונה מזו ששימשה את המחוקק בנסחו את החקיקה המקורית, כמו גם את השופטים שפירשו אותה. במילים אחרות, הטענה היא שבמרחב האינטרנטי באים לידי ביטוי שיקולים ואינטרסים אחרים וחשובים, המחייבים איזון מיוחד ביניהם, כדי למנוע פגיעה לא-מידתית בזכויות יסוד. מכיוון ששיקולים אלה ככל הנראה לא קיבלו ביטוי שקול בהליך החקיקה המקורית, האיזון שנבחר באותו הליך אינו מתאים לסביבה האינטרנטית שבה הוא מיושם כעת.

לאור זאת ניתן להצביע על בעיה מרכזית אחת הנובעת מהחלת חקיקה קיימת על האינטרנט – בעיית איזון אינטרסים. לשיטתנו, מכיוון שהחלת חקיקה "פיזית" מחייבת פרשנות, ובמקרים רבים ההליך הפרשני כולל שימור של נוסחת האיזון המקורית, נוסחה זו אינה מתאימה לאיזון האינטרסים המתבקש בהקשר הווירטואלי. בעקבות זאת שיקולים מסוימים שלא קיבלו ביטוי הולם בהליך החקיקה והאיזון המקוריים, ובראשם ההגנה על זכויות פרט יסודיות כגון חופש הביטוי והזכות לפרטיות, אינם זוכים למשקל ראוי אל מול האינטרס הציבורי לסגור אתרי הימורים.

עקב בעיה זו, ניתן לטעון שהחלה ישירה של החקיקה הקיימת עלולה להביא לאיזון לא-ראוי בין האינטרסים הרלוונטיים, ובעיקר לפגיעה בזכויות פרט אזרחיות בסיסיות. חסימת הגישה לאתרי הימורים אולי תגשים את תכלית החקיקה, ותגן על האינטרס המקורי שנשקל במסגרתה, אולם היא עלולה לנבוע מהערכת חסר של שיקולים ואינטרסים חשובים אחרים, שלא קיבלו ביטוי ראוי בנוסחת האיזון המקורית.

כפי שנרמז לעיל, לדעתנו יש לתת משקל רב יותר להתרת הגישה לאתרי הימורים כחלק מחופש הביטוי וצריכת המידע באינטרנט. אין אנו טוענים שמשקלה של זכות זו מוחלט, ולפיכך שיש להתיר גישה בכל מצב – הרי חופש הביטוי הוא זכות יחסית. אולם בעינינו לעובדה שאתר הימורים מתקיים באינטרנט, ולפיכך אפשרי קישור אליו מאתרים שמנתחים פעילויות הימורים ומאפשרים שיח, יש משקל בשדה חופש הביטוי והשיח.

4. ביטויים של בעיית איזון האינטרסים

לצד סוגיית האיזון ניצב הקושי להשתמש בסמכות. קושי זה בא לידי ביטוי בעניין **איגוד האינטרנט** באופן הבולט ביותר – ללא סיוע של ספקיות האינטרנט, אין המשטרה יכולה לחסום בעצמה את הגישה לאתרי אינטרנט שנעשית בהם פעילות הימורים.

41 עניין **מור**, לעיל ה"ש 22.

42 יצחק זמיר "חופש הביטוי באינטרנט" **משפט וממשל** ו 353, 354 (2003).

הקושי להשתמש בסמכותה נובע משני מאפיינים ייחודיים לאינטרנט. הראשון הוא עצם היותו מרחב וירטואלי, הנמצא מחוץ לשליטת המשטרה. לרשויות האכיפה אין גישה ישירה למנגנון המאפשר חסימת אתרים, ולפיכך אין להן יתרון של ממש במרחב זה על פני המשתמש הממוצע. הטענה היא שהסמכות, אשר בדרך כלל כוללת זכות להשתמש בכוח משטרת (פיזי), אינה יכולה להתממש במרחב שבו נתיב הגישה נשלט בידי גורם אחר – הספקיות. כך, סגירת מקום הימורים, פעולה פשוטה במובנה המקובל, הופכת לבלתי אפשרית באינטרנט, ללא הסתייעות בספקיות האינטרנט.

בעיית הגישה מוחרפת בשל היות המרחב הווירטואלי נטול גבולות טריטוריאליים. מפעילי אתרים ושרתיהם ממוקמים ופועלים מחוץ להישג ידן של רשויות האכיפה, ויכולת הרשויות להשתמש בסמכותן מוגבלת גם מטעם זה. זאת ועוד, במקרים רבים עולות שאלות של סמכות טריטוריאליה.⁴³ כל הנ"ל מביאים לידי כך שהמשטרה חייבת להסתייע בצד שלישי לצורך מימוש סמכותה, אולם החקיקה הקיימת אינה מסדירה עניין זה.

הקושי להשתמש בסמכות אף ממחיש את הבעייתיות שבאיזון. מצד אחד, קושי זה מצדיק את החלת החקיקה הקיימת, תוך התמקדות באינטרס הציבורי ובאינטרסים אחרים הרלוונטיים להתמודדות עם תופעת ההימורים, אשר נשקלו במסגרת האיזון המקורי. כך, מאפייני האינטרנט – זמינות ונגישות – דווקא מצדיקים החלה של החקיקה הקיימת כדי למנוע פגיעה באינטרס הציבורי. מנגד, מאפייני האחרים של האינטרנט – היותו כלי מרכזי למימוש חופש הביטוי וזכות הגישה למידע – מכניסים לנוסחת האיזון זכויות פרט נוספות באופן שהחלת החקיקה הקיימת, גם במטרה להתמודד עם הקושי להשתמש בסמכות, עלולה לפגוע בהן פגיעה לא-מידתית. יתרה מזו, היא עלולה לעודד החלת דברי חקיקה נוספים, שיפגעו פגיעה נוספת בזכויות אלה ואחרות, כחלק מיצירתו של מדרון חלקלק, בבחינת "אם החלנו את חקיקת ההימורים באינטרנט, הבה נחיל גם הסדרים נוספים".

זאת ועוד, ובהקשר הצורך להסתייע בצד שלישי, ניתן לזהות פגיעה באפקטיביות של זכות הטיעון. ההסדרים הקיימים בכלל, וההסדר הנדון בפרט, מסדירים אך ורק את זכות הטיעון של הגורם המושפע מהפעולה המנהלית. אולם באינטרנט, בעל העניין העיקרי העשוי להתנגד לפעולה מנהלית המגבילה גישה הוא דווקא המשתמש הממוצע, שגישתו לאתרים חוקיים עלולה להיפגע עקב מנגנון החסימה הבעייתית, ולזכותו אין כל ביטוי בחוק הקיים. ולא זו אף זו, גם אם היה מקום בחקיקה הקיימת לזכותו של המשתמש הממוצע, עדיין נותרת בעינה בעיה של משאבים, הבנה ויכולת התארגנות, הנדרשים לשם הבאת העניין לערכאה משפטית. מכל מקום, לספקיות האינטרנט ככל הנראה אין עניין רב להתנגד לפעולת החסימה. כלומר ייחודו של האינטרנט, המחייב ריכוז מאמצים במנגנון חסימה שיפעילו הספקיות, פוגע ביכולתם של בעלי עניין לבקר את התנהגות הרשויות ולהגיש עתירה מנהלית נגד פעולותיהן. מכאן נובעת הפגיעה באפקטיביות של זכות הטיעון, והפגיעה בזכות להליך הוגן הקשורה בה. החלה ישירה של הוראת סעיף 229(א)(1), אמורה להשפיע על האיזון הנדרש, שכן הבעיה המתוארת לעיל לא נשקלה או לא קיבלה ביטוי בחקיקה המקורית.

יתר על כן, בעיית האיזון באה לידי ביטוי גם בשאלת הגורם המוסמך. לפי נוסחת האיזון המקורית, שבה נשקל בעיקר האינטרס הציבורי למנוע הימורים, מפקד המחוז הוא בעל סמכות הסגירה. אולם באינטרנט, המגדיל את הסיכון לפגיעה בזכויות אחרות ובגופים אחרים, ייתכן שקצין משטרה בכיר אינו מתאים להפעלת סמכות חסימת הגישה לאתרים מקוונים. כך, ניתן לטעון כי יש מקום להפקיד את הסמכות בידי גורם בכיר יותר או לפחות גורם רגיש יותר ליחודיותה של רשת האינטרנט, גורם בעל הבנה מקיפה יותר של הבעיות והקשיים הרלוונטיים, כחלק מנוסחת איזון מותאמת.

לסיכום, מאפייני הייחודיים של המרחב האינטרנטי הביאו את שופטי הרוב לדחות את בקשת המשטרה לחייב את הספקיות לציית לצווי הסגירה, ותרמו להחלטה להשאיר את הסדרת המרחב בידי המחוקק. לדעתנו, תוצאה זו היא כאמור נכונה, אלא שבית המשפט שגה בכך שביצע מהלך פרשני מקיף לשם התאמת ההסדר החקיקתי למרחב האינטרנטי. התאמות אלה יאפשרו לכאורה למשטרה להוציא צווים לסגירה ולחסימה של אתרי הימורים, אם תינתן לכך הסכמת ספקיות

43 ראו למשל מ (שלום ראשל"צ) 1106/07 **משטרת ישראל נ' קרלטון מיכאל** (פורסם בנבו, 29.1.2007).

גל יהושע ובוועז גדות, "פסק הדין בעניין איגוד האינטרנט כמקרה מבחן", **הארץ דין** ט(1) 37 (תשע"ה)

האינטרנט. לנוכח הקשיים והבעיות שפירטנו לעיל, ובעיקר אי-ההתאמה של נוסחאות האיזון המקוריות המביאה לחוסר ודאות ולפגיעה פוטנציאלית בזכויות יסוד, מוטב היה לו נמנע בית המשפט ממהלך פרשני זה.

כל האמור לעיל מאשש את המסקנה בדבר הצורך בבחינה מקיפה יותר של הפתרונות האפשריים, במטרה לאזן בצורה טובה יותר בין האינטרסים הרלוונטיים. בפרק הבא נסקור כמה דרכי הסדרה מהמשפט המשווה, לשם הסקת מסקנה כללית על אודות המודל הראוי להסדרת הימורים באינטרנט.

ד. המודל הראוי בראי המשפט המשווה

לאור קצב ההתפתחות הטכנולוגית, החשש לאפקט מצנן בשל הסדרת יתר וקשיי האכיפה ברשת, ישנם מלומדים הסבורים כי כעניין של מדיניות יש למזער ככל האפשר את התערבות המחוקק או הרגולטור בפעילות המתקיימת באינטרנט. מלומדים אלו סבורים שחקיקה מינימליסטית אך יעילה תאפשר למעשה הסדרה עצמית של האינטרנט על ידי השחקנים הפעילים בשוק.⁴⁴ לעומתם, ישנם הטוענים כי אופייה הגלובלי של הרשת, בשילוב חוסר יעילותן של שיטות ההסדרה העצמית והפנים-מדינתית, מדגישים כי הפתרון הראוי למיגור תופעת ההימורים באינטרנט טמון בהסדרה בין-לאומית.⁴⁵

כך או אחרת, החקיקה הקיימת כיום בכל הנוגע להימורים אסורים, אשר חוקקה בימים של הימורים פיזיים בלבד, איננה מיתרגמת בנקל למציאות הווירטואלית. יתרה מזו, יש הטוענים שיצרניות שיפוטיות, בדמות פרשנות המחילה חוקים קיימים על האינטרנט, חוטאת לעתים לתכלית החוק ומיישמת אותו יישום בלתי מוצלח. לפיכך לשיטתם ראוי שבית המשפט יימנע מאקטיביזם שיפוטי מסוג זה, וכך ייאלץ המחוקק להסדיר את הסוגיה בהקדם.⁴⁶ לדעתנו, בין בהיקף נרחב ובין בצורה מינימליסטית, ראוי שהמחוקק הוא שיסדיר את נושא ההימורים באינטרנט, כמו גם את האופן המתאים לחסימת הגישה לאתרי הימורים וירטואליים, כפי שעשו מספר מדינות.⁴⁷

ככלל, הגבלת גישה לאתרי אינטרנט המשמשים לביצוע הימורים בלתי חוקיים היא פרקטיקה מקובלת בעולם. בארה"ב נושא ההימורים מוסדר ברמה המדינתית, ומשתנה ממדינה למדינה כאשר בין המדינות קיימים הבדלים מהותיים ביחס להימורים; נראה שלצד הערכים שהוזכרו קודם לכן, המדינות רגישות גם לממד הכלכלי ולאפשרות של גביית מסים מפעילות ההימורים. לצד ההסדרה המדינתית, ישנם כמה חוקים פדראליים שנועדו לסייע למדינות באכיפת חוקי ההימורים המקומיים, במצבים שבהם פעילות ההימורים חורגת מגבולות המדינה, לרבות הימורים באינטרנט.⁴⁸ דבר החקיקה החשוב ביותר בהקשר זה הוא ה-*Unlawful Internet Gambling Enforcement Act of 2006*, שאסר ביצוע כל הימור שהוא בלתי חוקי, לפי חוק פדראלי או מדינתי, באמצעות האינטרנט.⁴⁹ עוד הורה החוק לבנקים, לחברות האשראי ולמוסדות פיננסיים אחרים לחסום העברות כספים בין אזרחים הנמצאים בארה"ב לבין אתרי הימורים.⁵⁰ מלבד זאת, וחשוב לענייננו, החוק קובע כי ספקיות האינטרנט תחסומנה את הגישה לאתרי הימורים בלתי חוקיים ככל שיקבלו צו מתאים וימולאו שורה של תנאים:

44 ראו: אגמון-גונן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 242-243. המחברת מתכוונת בדבריה לחקיקה שתסדיר הליך של "הודעה והסרה", כך שגולש שבחר להישאר אנונימי לא יוכל לשמור על מידע שהעלה לרשת אם אדם שנפגע ממנו ביקש את הסרתו.

45 חיים ויסמונסקי "הימורים באינטרנט – דין ישן וחדש" **רשימות בנתיב קנייני הרוח – השנתון למשפט, תקשורת וטכנולוגיה** 1 291, 323 (2004).

46 הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 37, בעמ' 138-148.

47 עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 18-21 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

48 ראו: *Federal Wire Act*, 18 U.S.C. §1084 (1961), אשר נועד לסייע בהתמודדות עם הימורים בין-מדינתיים באמצעות תקשורת קווית; *Illegal Gambling Business Act*, 18 U.S.C. §1955 (1970), העוסק באחריותם הפלילית של בעלי עסקי הימורים גדולים; *Travel Act*, 18 U.S.C. §1952 (1961), האוסר שימוש בדואר ונסיעות בין מדינות ומחוץ לארה"ב למטרות בלתי חוקיות, לרבות הימורים בלתי חוקיים.

49 *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act*, 31 U.S.C. §5362(10) (2006), ראו הגדרת הימור בלתי חוקי באינטרנט.

50 שם.

החלטה של בית משפט מדינתי; מתן זכות שימוע לספקיות; הספקיות לא תידרשנה לבחון את יעילות החסימה, או לזום חסימה על דעת עצמן; לספקיות תהיה חסינות מפני תביעות בעניין זה.⁵¹

ניתן לטעון כי בעולם המעשה הוראה זו איננה אפקטיבית, מאחר שהיא חלה על הספקיות האמריקניות בלבד, ואילו אתרי הימורים אסורים משנים דרך קבע את כתובתם כדי להימנע ב"תחומן" של ספקיות שמחוץ לשטח ארה"ב.⁵² יתרה מזו, פעמים רבות התקשו רשויות האכיפה להתבסס על הדין הקיים לשם הוצאת צווים לספקיות, ובכמה מקרים אף חזרו בהן מן הצווים בשל הליך משפטי שנפתח נגדן.⁵³ עם זאת אין לומר שההסדר נטול חשיבות לחלוטין, בעיקר הודות להסדרת תחום השימוש בכרטיסי האשראי, אשר עדיין ברובו טריטוריאלי.

באוסטרליה, ה-ACMA מוסמכת מתוקף חקיקה ראשית להורות לספקיות האינטרנט לחסום את הגישה לאתרי הימורים המוגדרים "בלתי חוקיים". ה-Interactive Gambling Act 2001 מגדיר תחילה מהו תוכן אינטרנטי אסור בהקשר של הימורים,⁵⁴ ובהמשך קובע כי בעקבות מסירת הודעה כתובה מטעם ה-ACMA, ינקטו ספקיות הגישה "כל צעד הגיוני שיידרש לשם מניעת הגישה לתוכן האסור" מצד משתמשים אוסטרלים.⁵⁵ עם זאת, מודגש כי הספקיות הן שיחליטו על הטכנולוגיה שבאמצעותה תבוצע החסימה, והעלות הכספית תיחשב לשיקול לגיטימי להחלטתן. כמו כן נקבע בחוק כי תהא לספקיות חסינות מוחלטת מפני תביעות של צרכנים הנוגעות לחסימת הגישה כאמור.⁵⁶

באיטליה, משנת 2006 ואילך מוטל איסור על פעילויות הימורים באינטרנט, למעט באמצעות אתרים מורשים העומדים בתנאים הקבועים בחוק. החוק בנושא קובע כי ה-AAMS מוסמכת להורות לגופי תקשורת לפעול לחסימת אתרי הימורים בלתי חוקיים, ולהטיל קנס מנהלי ניכר בגין כל הפרה מצדם.⁵⁷ נתונה של ה-AAMS מצביעים על שימוש נרחב ויעיל בסמכות חסימת האתרים, ובעקבות ההצלחה אימצו מדינות אחרות באירופה את המודל האיטלקי ויישמוהו בדברי החקיקה שלהן. כך, צרפת כוננה מודל רגולטורי זהה בשנת 2010, וספרד תעשה כן בשנה הקרובה.⁵⁸

מתוך האמור לעיל ניתן להסיק כמה מסקנות. ראשית, בכל המודלים שהוזכרו, הסדרת ההימורים באינטרנט נעשתה בחקיקה ראשית, לרוב תוך הגדרה מפורשת של סמכות חסימת הגישה לאתרים ואופן השימוש בה. שנית, דברי החקיקה הצביעו על גוף מנהלי ספציפי המוסמך להוציא צווים לספקיות, וכן הוגדרה ופורטה הפרוצדורה המדויקת להוצאת הצו. שלישית, בכל המודלים, הסמכות להוצאת הצווים נמסרה לרשות ייחודית ובעלת מומחיות, אשר בכוחה לבצע את האיוון הנדרש לצורך ההחלטה על הוצאת הצו.

לסיכום, לפי סקירה זו, מדינות בוחרות להסדיר את סוגיית ההימורים באינטרנט באמצעות חקיקה ראשית, לרוב תוך הסמכת רשות מנהלית מיוחדת ומומחית, המסוגלת לאזן כראוי בין האינטרסים הרלוונטיים. לאור זאת אנו סבורים כי

51 שם, וכן: עניין **איגוד האינטרנט** (פסק הדין של בית המשפט המחוזי), לעיל ה"ש 18, בפסקה 54 לפסק הדין.
52 <http://www.gambling-law-us.com/Federal-Laws/internet-gambling-ban.htm> (oct.13, 2006), Chuck Humphrey, *Internet Gambling Funding Ban*.
53 ראו המקרה במדינה מינסוטה: Linda J. Shorey, Anthony R. Holtzman, *Survey of Significant Developments in Internet Gambling*, 66 BUS. LAW. 249, 252 (2010) וכן ההתרחשות במדינת קנטאקי: *Interactive Media Entertainment and Gaming Association v. Wingate*, No. 2008-CA-002000 (Ky. Ct. App. January 20, 2009); David O. Stewart, *Online Gambling Five Years After UIGEA*, AMERICAN GAMING ASSOCIATION WHITE PAPER (May 2011), זמין ב: http://www.americangaming.org/sites/default/files/uploads/docs/whitepapers/final_online_gambling_white_paper_5-18-11.pdf.
54 *Interactive Gambling Act 2001*, No. 84 (2001), §4 (Australia).
55 שם, סעיף 24(1)(c).
56 שם, סעיפים 24–31.
57 סעיף 50(1) לחוק מס' 296 מיום 27.12.2006 (חוק התקציב לשנת 2007). מכוח חוק זה הוצא צו מנהלי מס' CGV/1034 מיום 2.1.2007, ובו פורט אופן השימוש בסמכות האמורה. ראו עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 4, בפסקה 20 לפסק דינו של השופט.
58 Lorien Pilling and Wawrick Bartlett, *The Internet Gambling Industry*, ROUTLEDGE INTERNATIONAL HANDBOOK OF INTERNET GAMBLING 46, 52–53 (Robert J. Williams, Robert T. Wood, Jonathan Parke eds., 2012).

גל יהושע ובוועז גדות, "פסק הדין בעניין איגוד האינטרנט כמקרה מבחן", **הארץ דין** ט(1) 37 (תשע"ה)

המודל הראוי להסדרת הימורים באינטרנט צריך להיקבע על ידי המחוקק, לכלול הגדרה מפורשת ומפורטת של הסמכויות המנהליות הרלוונטיות, ומינוי גוף מומחה לשימוש בסמכויות אלה.

סיכום

לשיטת המשפט הישראלית אין חקיקה פלילית מותאמת למרחב האינטרנטי, ולהוציא את חוק המחשבים,⁵⁹ בוצעו תיקונים ספורים בלבד בחוק העונשין כדי להתאימו לעולם הווירטואלי. לפיכך במרבית המקרים החוק הפלילי הקיים, בתוספת פרשנות מתאימה, משמש להסדרת פשעים מקוונים. אולם נוכחנו לדעת כי החלה ישירה של הדין הקיים על העולם הווירטואלי מעוררת בעיות וקשיים מהותיים,⁶⁰ ודומה שדיני העונשין הקיימים אינם הולמים כראוי את סוגיית הפעילות האינטרנטית.

עניין **איגוד האינטרנט** ממחיש היטב בעייתיות זו. כאמור בית המשפט העליון ביצע מהלך פרשני מהותי וקבע כי ניתן לראות באתר אינטרנט "מקום הימורים". בהתאם נקבע לפי היסק קל וחומר שחסימת גישה לאתר הימורים מותרת כחלק מסמכות הסגירה של אתרים אלה. אולם בהכרעתו הסופית דחה בית המשפט העליון את בקשת המשטרה, וקבע כי אין בסמכותה להורות לספקיות האינטרנט לבצע את הפעולה המנהלית הנדונה, מאחר שההסדר האמור אינו מסמיך במפורש את המשטרה להורות לצד שלישי לסייע לרשויות האכיפה להשתמש בסמכותן.

לשיטתנו, הכרעתו של בית המשפט הייתה ראויה, אך הנמקתו בעייתית, שכן היא הסמיכה בפועל את המשטרה להוציא צווים לסגירת אתרי הימורים תוך היעזרות בספקים שיסכימו לכך. מהלך פרשני זה מוטב היה שלא ייעשה. ראשית, מורכבותו של המרחב האינטרנטי מחייבת נוסחת איזון ייחודית, שאינה קיימת בדברי החקיקה המקוריים. בהיעדר איזון ראוי, זכויות יסוד עלולות להיפגע פגיעה לא-מידתית, עלול להתעורר קושי בהפעלת הסמכות על ידי המשטרה ותיתכן פגיעה באפקטיביות של זכות הטיועון. זאת ועוד, נימוקים של מדיניות משפטית ומוסדית, כמו גם בחינה השוואתית, מצביעים על כך שנושא ההימורים באינטרנט, ובפרט חסימת אתרי אינטרנט, הם עניין לטיפולו של המחוקק בחקיקה מקיפה שתאזן כראוי בין כל השיקולים והאינטרסים, או לכל הפחות לפיתוח מתוך ראייה כוללת ורחבה וכחלק מהמשפט המקובל.

59 חוק המחשבים, התשנ"ה-1995.

60 הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט", להלן ה"ש 37, בעמ' 146-149.