

לסגור את הפרצות ברשת

מי אחראי לפרסום לשון הרע שכתב משתמש אנונימי ברשת? קיימות חלופות שונות לעיצוב משטר האחריות, אולם הפתרון מצוי דווקא מחוץ לארבע הקטגוריות הקלאסיות, ונעוץ בשילוב חדשני של אחריות ספק התוכן והדובר

רון פרי



פרופ' רונן פרי, פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; חוקר אורח בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת אוקספורד

וזה להסדרה חקיקתית יעילה. ברשימה זו אציג את עיקרי הטיעון. במקרה של התבטאות אנונימית צריך המשפט להתמודד עם שתי סוגיות. האחת היא היכולת לתבוע את הפלטפורמה המאפשרת את ההתבטאות, ואותה אנו מכנים "ספק התוכן". תביעה כזאת מחייבת התאמה של הדין המהותי, כלומר הכרה בסוג של "אחריות עקיפה" (המוטלת על צד אחד בגין מעשה של צד אחר). הסוגיה השנייה היא היכר לתבוע את המשתמש האנונימי, ואותו אנו מכנים "הדובר". תביעה כזאת אמנם אינה מצריכה עדכון של הדין המהותי, קרי דיני לשון הרע, אך מחייבת התאמה של הדין הפרוצדורלי, כלומר קביעת מנגנון להסרת מעטה האנונימיות. מכיוון שיש שני מועמדים להיתבע וכל אחד עשוי להיות אחראי או לא

טכנולוגיות ויישומי ווב 2.0 מאפשרים לאנשים מן השורה – שבעבר היו צרכני תוכן בלבד – לפתסם תוכן משלהם באתרי אינטרנט לרבות בלוגים, אתרי חדשות (באמצעות טוקבקס), אתרים צרכניים דוגמת TripAdvisor ואמזון, רשתות חברתיות כגון פייסבוק וטוויטר, אתרי שיתוף מדיה כגון אינסטגרם ויוטיוב ופרויקטים לכתיבה משותפת דוגמת ויקיפדיה. חלק מהתרומות הן בגדר לשון הרע, ואחת השאלות המשפטיות המורכבות והמעניינות ביותר בהקשר זה היא מי אחראי לפתסם לשון הרע שכתב משתמש אנונימי (או פסבדונימי). מחקר שהשלמתי לאחרונה עם פרופ' טל ז'רסקי על פי הזמנת מארגני הכנס האירופי לדיני נזיקין ופורסם ב-Journal of European Tort Law בוחן בשיטתיות את החלופות השונות לעיצוב משטר האחריות ומציע מת-

במשטר שאנו מכנים "אחריות עקיפה שיוויונית" הדובר לבדו אחראי, אבל אם אי אפשר להשיגו בנקל, ספק התוכן אחראי. בשיטה זו הצורך בניטור יקר על ידי ספקי תוכן כמעט מתייתר, ונמנעת הרתעת יתר שמקורה ביחס אסימטרי לטעויות

צאה המשונה של שילוב ההחלטות הייתה היווצרות תמריץ שלילי לבקרה מסודרת של ספקי תוכן על תוכן שמעלים גולשים. בעקבות לחצים מתעשיית האינטרנט נחקק סעיף 230 ל־Communications Decency Act, המורה כי ספק או משתמש בשי-רות מחשב אינטראקטיבי לא ייחשב למפרסם או לדובר בכל הנוגע לתוכן שסופק על ידי אחר. בפסק הדין החשוב בפרשת **Zeran v. America Online**, 230 F. 3d 327 (4th Cir. 1997) נקבע כי סעיף 230 מונע הטלת אחריות על ספק תוכן שעל פי הדין הקודם נחשב ל"מפרסם" (וקל וחומר על מי שנחשב ל"מפיץ" גרידא), אף אם ידע על התוכן הפוגעני. במילים פשוטות: חסינות מוחלטת לספקי תוכן מפני תביעות אזרחיות.

מאידך גיסא, בתי המשפט בארצות הברית יכולים להורות לספקי תוכן למסור לקורבנות לשון הרע מידע על מעוולים אנונימיים. נכון שהדין האמריקאי מכיר בזכות לאנונימיות, ואם זו נרעת לזכויות חוקתיות דוגמת חופש הביטוי וחופש ההתארגנות, היא אף נהנית מהגנה חוקתית. עם זאת, כאשר יש ראיות מספיקות לביסוס עילת תביעה נגד מעוול אלמוני, בתי המשפט מאפשרים לקורבן לבקש John Doe Subpoena – צו המחייב צד ג' (בעניינינו ספק תוכן או ספק גישה) למסור פרטים מזהים על מעוול אלמוני המצויים ברשותו. רמת הוודאות הראייתית הנדרשת לצורך הוצאת הצו עודנה שנויה במחלוקת בפסיקה.

מנקודת מבט כלכלית, אחריות הדובר היא מקרה פרטי של אחריות ישירה בניזקין ולכן צידוקיה דרמים. אלא שבמקרה של לשון הרע אנונימית ברשת מעוררת אחריות כזאת כמה בעיות. העיקרית שבהן היא שאחריות ישירה מצריכה מאמץ מיוחד בזיהוי המעוול. הקורבן צריך להשיג את כתובת ה-IP של הדובר מספק התוכן, ולאחר מכן לקבל את פרטי הדובר מספק שירותי הגישה (ISP) שזוהה לפי כתובת ה-IP. הואיל ושני הצעדים פוגעים בחופש הביטוי

אחראי, יש לכאורה ארבעה משטרי אחריות אפשריים: (1) אף אחד אינו אחראי; (2) אחריות ישירה בלעדית (של הדובר בלבד); (3) אחריות עקיפה בלעדית (של ספק התוכן בלבד); או (4) קומביניציה של שני סוגי האחריות.

המשטר הראשון – ויתור על אחריות – אינו קיים בשום שיטת משפט, ולא בכדי; היעדר אחריות פירושו ויתור על האיזון שנוצר בידי לשון הרע בין הזכות לשם טוב ובין חופש הביטוי.

המשטר השני – אחריות ישירה בלעדית – קיים בארצות הברית. מחד גיסא אי אפשר להטיל אחריות על ספקי תוכן אפילו אם ידעו על ההתבטאות העוולתית. דיני לשון הרע המסורתיים הבחינו בין שלושה סוגי מתווכים: מוביל ציבורי (common carrier) כגון חברת טלפון, שתפקידו מתמצה בהעברת נתונים והוא אינו אחראי בגין פרסום לשון הרע על ידי משתמש; מפיק (distributor) כגון בעל חנות ספרים, המפיץ פרסומים של אחרים בלי שליטה על התוכן ולפיכך אחראי בגין לשון הרע רק אם ידע או היה עליו לדעת על טיבו הפוגעני של הפרסום; ומפרסם (publisher), כגון עיתון, שלו שליטה ממשית על התוכן המתפרסם בו, והוא אחראי

בגין לשון הרע כמו יוצר התוכן. בהקשר הנדון יצר המודל המסורתי מערך תמריצים מעוות. בפרשת **Cubby v. CompuServe**, 776 F. Supp. 135 (S.D. N.Y. 1991) נפסק כי חברה שהעניקה למשתמשיה גישה לניוזלטר בלי בקרה כלשהי על תוכנו היא "מפיצה", ולכן אינה אחראית ללשון הרע שפורסמה בו. לעומת זאת, ב-**Stratton Oakmont v. Prodigy Services**, 1995 WL 323710 (N.Y. S.Ct. 1995) נפסק כי מפעילת לוחות הודעות מקוונים שהפעילה מנגנון בקרה על תוכן שהעלו גולשים היא "מפרסמת", ולכן אחראית ללשון הרע שפורסמה באחד הלוחות על חברת השקעות (בדיעבד התברר שהפרסומים על אודות החברה, שעלילתיה תועדו בסרט *The Wolf of Wall Street*, היו אמת). התור

בהנחה שלדובר ולספק התוכן יש תפיסות שונות של לשון הרע, אחריות משותפת תביא להגבלה משמעותית יותר של חופש הביטוי מאשר הטלת אחריות רק על אחד מהם (מעין צנזורה כפולה)

אחריות ישירה כרוכה בעלויות זיהוי גבוהות, אחריות
עקיפה כרוכה בעלויות ניסור גבוהות, ואחריות
משותפת מחברת את שני סוגי העלויות



עה שעלותה האדמיניסטרטיבית הכוללת (להבדיל מן העלות הפרטית) עולה על תועלתה ההרתעתית. הטלת אחריות ישירה בלעדית עלולה לעורר בעיות נוספות שמפאת מגבלות המקום לא נוכל להרחיב עליהן, כגון בעיית הנתבע שלא יוכל בלאו הכי לשלם את מלוא הפיצוי לקורבן ועל כן הוא חסין דה־פקטו מפני תביעה (judgment proof defendant).

המשטר השלישי – אחריות עקיפה בלעדית – נוהג במידה רבה בישראל. מחד גיסא, הדין המקומי מאפשר הטלת אחריות על ספקי תוכן בשני מסלולי לים עיקריים. ראשית, במקרים מסוימים נחשב ספק התוכן ל"אמצעי תקשורת" ונושא באחריות בגין פרסום שהתבצע באמצעותו מכוח סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע. אולם מכיוון שהגדרת המושג

טוי ובזכות לפרטיות, הפרוצדורה המשפטית צריכה להיות זהירה ומורכבת ולפיכך יקרה. יתר על כן, משתמשים מתוחכמים יכולים להסתיר את כתובת ה־IP שלהם באמצעות כלי אנונימיזציה דוגמת Tor. אפילו כשמדובר בכתובת אותנטית לא יהיה אפשר לזהות באמצעותה משתמש ספציפי אם החיבור לרשת נעשה באמצעות "נקודה חמה" (למשל בבית קפה, בבית מלון או בספרייה). לבסוף, תביעה נגד הדובר עשויה להיות בלתי אפשרית אם ספק התוכן או ספק שירותי הגישה לא שומרים פרטי משתמשיים לתקופה ארוכה מספיק. התוצאה המרכזית של כל אלה פשוטה: אם זיהוי המעוול אינו אפשרי או יקר מדי, הוא עלול להתחמק מאחריות, והדבר יוביל להרתעת חסר. לחלופין, הקורבן עלול להגיש תבי-

טאויות מותרות ואסורות. כשיש טכנולוגיה כזאת, העלות השולית של הפעלתה נמוכה, אבל יש סכנה גדולה לטעויות, ומנגנוני תיקון אנושיים יקרים למדי. לחלופין, ספק תוכן יכול ליישם מנגנון "הודעה והסרה" (notice and takedown), דהיינו הסרת תוכן כל אימת שמתקבלת תלונה (מבוססת במידה זו או אחרת) בדבר עוולתיותו. יתרונו העיקרי של מנגנון כזה נעוץ בצמצום הצורך בניטור. אלא שמנגנון הודעה והסרה אוטומטי מאפשר לכל אדם להשתיק את יריביו בנקל, ואילו הפעלת שיקול דעת אנושי מעלה את העלות במידה ניכרת. זאת ועוד: בעוד שרוב תרומות המשתמשים לגיטימיות ומועילות, אחריות עקיפה גורמת לספקי תוכן להפנים את תוחלת הנזק הנובע מביטויים עוולתיים בלי להפנים את התועלת המצרפית העצומה שבביטויים לגיטימיים. הדבר עלול לגרום לניטור מופרז ולצנזורה מוגזמת. לבסוף, גם אם ספקי תוכן בוחרים ברמת הזהירות הראויה, ביישומה תמיד תהיה אי ודאות בדבר טיבן של התבטאויות קונקרטיות. בתנאי חוסר ודאות יצטרכו ספקי תוכן לבחור בין שני סיכונים: סיווג שגוי של התבטאות עוולתית כלא-עוולתית או סיווג שגוי של התבטאות לא-עוולתית כעוולתית. טעות מהסוג הראשון עלולה להוביל לתביעת נזיקין, בעוד שטעות מהסוג השני לא תגרור אחריות. האסימטריה מתמרצת ספקי תוכן להסיר תוכן לא-עוולתי, לחסום משתמשים פרובוקטיביים שלא גרמו עוול, ולעיתים גם למנוע תרומות גולשים או לצמצם ביקוש לטכנולוגיות ווב 2.0 באופן הפוגע בביטוי ובחדשנות.

משטר האחריות הרביעי – אחריות משותפת – קיים באיחוד האירופי. בהיעדר הסדרה מחייבת ברמת ה-EU ניכרת שונות בדיני המדינות החברות, אך אפשר לדבר על מסגרת עקרונית. מצד אחד, קרובנות לשון הרע יכולים לתבוע ספקי תוכן. סעיף 14 לדירקטיבה בדבר מסחר אלקטרוני (2000/31/EC) אמנם קובע שמתווכים מסוימים אחראים רק אם ידעו על ההתבטאות העוולתית וסירבו להסירה

"אמצעי תקשורת" באותו סעיף חלה רק על עיתונים ועל שידורי רדיו וטלוויזיה ציבוריים, שכיחות השימוש באפיק זה ביחס לפרסום תוכן שנוצר על ידי משתמשים אנונימיים ברשת אינה גבוהה. שנית, התרשלות בפיקוח על תוכן המועלה על ידי גולשים עשויה להוביל להטלת אחריות על ספק התוכן במסגרת עוללת הרשלנות לפי רע"א 1700/10 **דוביצקי נ' שפירא** (ניתן ביום 20.5.2010). מאידך גיסא, אין מכשיר פרוצדורלי לחיוב מתווכים למסור מידע על משתמש אנונימי, כך שלמעשה משתמש כזה מוגן מאחריות. ברע"א 4447/07 **מור נ' ברק אי.טי.סי** [1995] (ניתן ביום 25.3.2010) פסק בית המשפט העליון כי "לא קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי", וכי "אין 'להמציא' מסגרת כזו בחקיקה שי-פוטית". לאמיתו של דבר, החלטה זו משקפת בחירה מודעת בהגנה על חופש הביטוי בכלל ועל חופש הביטוי האנונימי בפרט הרבה יותר משהיא נובעת מהיעדר כלים פרוצדורליים. תפיסה שיפוטית זו אושרה גם בהקשר של הפרת זכויות יוצרים על ידי משתמשים אנונימיים בע"א The Football 9183/09 Association Premier League **נ' פלוגי** (ניתן ביום 13.5.2012).

אחריות ישירה מצריכה מאמץ מיוחד בזיהוי המעוול. הקורבן צריך להשיג את כתובת ה-IP של הדובר מספק התוכן, ולאחר מכן לקבל את פרטי הדובר מספק שירותי הגישה (ISP) שזוהה לפי כתובת ה-IP

מאז ניתן פסק הדין בעניין **מור** נעשו ניסיונות להסדרת הנושא בדרך של חקיקה ראשית, אולם אף אחת מהצעות החוק לא הבשילה. מודל של אחריות עקיפה בלעדית אולי מתגבר על הרתעת החסר של דוברים אנונימיים, אך מעורר כמה בעיות. ראשית, עלות אמצעי הזהירות של ספקי תוכן עלולה להיות גבוהה מאוד. ניטור אנושי של תרומות גולשים מצריך העסקה והכשרה של אנשים שמסוגלים להבחין בין התבטאויות מותרות ואסורות. העלות להתבטאות בודדת לא טריוויאלית, והספק נושא בה ביחס לכל התבטאות, בניגוד לעלויות זיהוי של דוברים שנוצרות רק במקרה הנדיר של הגשת תביעה נגד אלמוני. ניטור אוטומטי מצריך פיתוח ויישום טכנולוגיות שמבחינות בין התבטאות

לפי דרישה (מנגנון הקרוי "הודעה והסרה" כמבואר לעיל), אך רבים מספקי התוכן לא נחשבים למת-ווכים כלל לצורך זה. בפרשת **Delfi AS v. Estonia** (ECtHR, App. No. 64569/09, 10.10.2013) פסק בית המשפט האירופי לזכויות אדם כי אתר חדשות אחראי לשון הרע בטוקבקים אנונימיים. בית המ-שפט הסכים כי האתר הוא "מפרסם" ולא "מתווך", ולכן אינו משוחרר מחובת ניטור או מאחריות אף שישם נוהל "הודעה והסרה". מצד שני, המסגרת האירופית מאפשרת לבית המשפט להורות לספק למסור מידע על זהות הדובר. סעיף 15(2) לדירקטי-בה בדבר סחר אלקטרוני קובע כי המדינות החברות באיחוד רשאיות להטיל על ספקים של שירותי אי-טורנט חובה למסור לרשויות מוסמכות, לרבות בת-משפט, מידע מזהה על מש-תמשים, בכפוף לדיני אבט-חת מידע ופרטיות.

לאחריות משותפת של הדובר וספק התוכן יש שני יתרונות. ראשית, על ידי הטלת אחריות על הספק מתגברים על הבעיות של אחריות ישירה בלעדית, וב-פרט על הרתעת חסר שמ-קורה בקשיי זיהוי. שנית, לצדדים האחראים במש-ותף יש תמריץ להפחית את חלקם בנטל. הואיל וקשיים בזיהוי הדובר יובילו להג-

דלת תוחלת האחריות של ספק התוכן, לספק יש תמריץ להקל זיהוי של דוברים אנונימיים, למשל על ידי רישום כתובות IP או דרישת הרשמה. בה בעת יש למשטר כזה כמה חסרונות. בהנחה שלדו-בר ולספק התוכן יש תפיסות שונות של לשון הרע, אחריות משותפת תביא להגבלה משמעותית יותר של חופש הביטוי מאשר הטלת אחריות רק על אחד מהם (מעין צנזורה כפולה). בנוסף, הטלת אחריות על שניהם תוביל ל"צירוף עלויות": ספקי תוכן יישאו בעלויות ניטור כבדות, והמערכת תישא בע-לויות אדמיניסטרטיביות גבוהות של תביעות נגד דוברים.

סיכומו של דבר, אחריות ישירה כרוכה בעלויות

זיהוי גבוהות, אחריות עקיפה כרוכה בעלויות ני-טור גבוהות, ואחריות משותפת מחברת את שני סוגי העלויות. הפתרון מצוי לדעתנו מחוץ לארבע הקטגוריות הקלאסיות, ונעוץ בשילוב חדשני של אחריות ספק התוכן והדובר. במשטר שאנו מכנים "אחריות עקיפה שיווית" הדובר לבדו אחראי, אבל אם אי אפשר לאתרו בנקל, ספק התוכן אחראי. ני-צני התפתחות בכיוון זה אנו מוצאים בחוק לשון הרע האנגלי החדש שנכנס לתוקף בתחילת 2014. הדין האנגלי מכיר כבר למעלה מ-40 שנה באפשרות לבקש צו מסוג Norwich Pharmacal, המורה לצד ג' למסור מידע שייסייע לקורבן לבסס את תביעתו נגד המעוול, וציוויים כאלה משמשים תדיר גם בה-קשר של הוצאת לשון הרע על ידי משתמש אנונימי ברשת. חידושו העיקרי של החוק הוא ביצירת זיקה בין זמינות הדובר ובין האחריות של ספק התוכן. סעיף 5 לחוק מעניק למפעיל אתר אי-טורנט הגנה מתביעות בגין לשון הרע שנכתבה על ידי משתמשים, אולם מסיר את ההגנה (ובכך חושף את ספק התוכן לאחריות) אם הקורבן אינו יכול לזהות את הדובר וספק התוכן לא הגיב כראוי לתלונה על ידי השגת מידע על הדובר או על ידי הסרת ההתבטאות.

בשיטה זו כמעט מתייתר הצורך בניטור יקר על ידי ספקי תוכן, ונמנעת הרתעת יתר שמקורה ביחס אסימטרי לטעויות ובאי-תגמול על התועלת החב-רתית שבפרסום התבטאויות לגיטימיות. בה בעת מתמרצת השיטה את ספקי התוכן לצמצם את עלות הזיהוי של מעוולים אנונימיים. כמו כן, לא מתער-רות הבעיות הטיפוסיות של ריבוי מעוולים, וב-ראשן "צירוף עלויות". המודל אמנם מעורר כמה קשיים, אך רובם בלתי משמעותיים או בני פתרון. לכן המחוקק הישראלי, המנסה כבר שנים להס-דיר את נושא ההתבטאות האנונימית ברשת, צריך לשקול ברצינות גם את מודל האחריות העקיפה השיווית.

האסימטריה בין סוגי הסיכונים הקיימים מתמרצת ספקי תוכן להסיר תוכן לא-עוולתי, לחסום משתמשים פרובוקטיביים שלא גרמו עוול, ולעיתים גם למנוע תרומות גולשים או לצמצם ביקוש לטכנולוגיות ווב 2.0 באופן הפוגע בביטוי ובחדשנות