

אחריות לנזח?

בעקבות ע"א 1726/21 בכרי נ' מגנאג'י

מיכל לביא*

ג'נין ג'נין הוא הסרט אשר ביים והפיק מוחמד בכרי בעקבות הקרב במחנה הפליטים בג'נין במבצע "חומת מגן". הסרט, שכלל שקרים וכזבים, היה מושא להתדיינות משפטית שכללה שלוש מערכות. לאחרונה נתן בית המשפט העליון את פסק הדין בערעורו של בכרי. פסק הדין מסיים את המערכה השלישית בפרשה ארוכת שנים זו. פסק הדין עסק בשאלת אחריותו של בכרי להקרנות של הסרט ולהעלאת הסרט ליוטיוב על ידי צד שלישי. נקבע כי הסרט הוא לשון הרע, וכי התביעה לא התיישנה, מאחר שעוונות של קלטות הסרט היו נגשים לכל אורך התקופה. נוסף על כך מצא בית המשפט את בכרי אחראי גם לפרסום ביוטיוב על ידי צד שלישי, אף שלא הוא העלה את הסרט לאתר. זאת, מאחר שהוא היה יכול לצפות תוצאה זו ולמנוע את המשך הצגת הסרט באתר, באמצעות שליחת מכתב דרישה מטעמו כבעל הזכויות בסרט.

הרשימה תטען כי אף שיש לברך על הטלת אחריות על בכרי לפרסום לשון הרע ועל חיובו בפיצוי הנפגע, הניתוח בפסק הדין הוביל לשתי מסקנות שעלולות להוביל להשלכות קשות על דיני האחריות ללשון הרע מבחינה מערכתית וכן על נתבעים בפועל ובכוח. הרשימה תבקר את קביעת

* דוקטור למשפטים; מחברת הספר **אחריות מתוכי תוכן לעוללות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה** (2018); עמיתת מחקר בכירה במרכז הדר ז'בוטינסקי לחקר בין-תחומי של שוקי הון, משברים וטכנולוגיה.

הכותבת מבקשת להדגיש כי הביקורת ברשימה מתמקדת בניתוח המשפטי בפסק הדין בעניין **בכרי**, להלן ה"ש 1, ובהשלכותיו המערכתיות, וכי היא רואה בחומרה רבה כל פרסום או הפצה של לשון הרע על חיילי צה"ל.

תודה מקרב לב לעורכת כתב העת **משפט ועסקים** ים רו, לעורכת כתב העת בשלב עריכת המאמר נופר אזולאי, לחברי המערכת הילה קניאס ואדם קרני, לשופטי הרשימה ולכלל חברי המערכת של כתב העת, וכן לעורך הלשוני גיא פרמינגר על חידוד נקודות חשובות במאמר ועל עריכה יסודית ומעולה. הרשימה מוקדשת לזכרה של אמי, אביבה לביא, אשר ליכה הענקי נדם לפתע פתאום והיא בליבנו לעד.

בית המשפט בשתי סוגיות. ראשית תטען הרשימה כי הטלת אחריות על המפרסם לניקוי המרחב הציבורי מההקלטות הכוללות לשון הרע כתנאי להפסקת מרוץ ההתיישנות אינה מאזנת כראוי בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש ביטוי, ועלולה להוביל למצב של אחריות נצחית. הרתעת המפרסם ומימוש המטרה התרופתית של דיני לשון הרע יכולים להתממש באמצעות פיצוי נפרד לכל פרסום. באשר לפרסום במרחב הדיגיטלי, אומנם אין להקל ראש בהימשכות הנזק ובנזקי לשון הרע של פרסום מקוון, אולם לעניין זה הפתרון מצוי בצו שיפוטי שיופנה כלפי גורמי הביניים – אתרי המרשתת ומנועי החיפוש – ויורה להם להסיר את התכנים.

הסוגיה האחרת שאותה תבקש הרשימה היא הטלתה הלכה למעשה של חובה על המפרסם לנקות את המרחב הדיגיטלי מפורמטים של פרסומי צדדים שלישיים במדיה דיגיטלית, כגון אתרי מרשתת. הרשימה תטען כי הרחבת אחריותו של מפרסם לשון הרע לתכנים עוולתיים שהועלו מחדש על ידי צד שלישי ויצירתה של חובה חדשה לנטר את המרחב הדיגיטלי הן מרחיקות לכת. הרחבת גבולות האחריות גם אינה עולה בקנה אחד עם פסיקות קודמות של בית המשפט העליון בתחום לשון הרע. היא אף אינה מאזנת באופן מידתי בין חופש הביטוי לכבוד הנפגע, ועלולה להוביל לאפקט מצנן. הרשימה תטען כי הרחבת אחריותו של המפרסם להעלאת הפרסום למרחב הדיגיטלי על ידי צד שלישי אינה הפתרון לפגיעה בכבוד הנפגע, מאחר שהמפרסם המקורי אינו המונע היעיל של התפשטות לשון הרע לאחר פרסומה.

פתרון אחד הוא אימוץ מנגנון של "הודעה והסרה". פתרון זה מטיל למעשה אחריות שילוחית על גורמי הביניים אם הללו לא יסירו תכנים שהתברר כי הם לשון הרע. אולם פתרון זה יוביל רק לסעד של הסרה, ולא לפיצוי הנפגע.

לפיכך חלק מרכזי ברשימה יתמקד בפתרון אחר, והוא חיובו של הגורם שהעלה שוב את התוכן העוולתי בפיצוי הנפגע. אולם גורם זה חוסה פעמים רבות תחת מעטה של אנונימיות, ואין כיום הסדר בדין המאפשר את חשיפת זהותו. רשימה זו תטען כי יש לבחון מחדש את האפשרות להתיר חשיפה של מעוולים אנונימיים. הרשימה תציע להביא לידי שינוי הדין הפוזיטיבי בנוגע לחשיפת משתמשים מעוולים אנונימיים, ותציג מסגרת לחשיפה כזו. מסגרת זו חשובה כיום יותר מתמיד, בצל ההתגברות של נזקי הביטוי האנונימי המתאפשרת בעידן הדיגיטלי. זאת, בפרט בעידן של חברת האלגוריתמים, המאורגנת סביב החלטות שרבות מהן מתקבלות על ידי ישויות בינה מלאכותית המחקות התנהגות תבונית לפי דפוסים שנלמדו ממערכי נתונים נרחבים. ישויות אלו יכולות ליצור ולהפיץ ביטויים באופן עצמאי, והן מאתגרות את ההצדקות המסורתיות לזכות לחופש ביטוי.

חשיפת מעוולים אנונימיים תוביל להרתעתם ולמימוש המטרה התרופתית של דיני לשון הרע באמצעות הטלת פיצוי על אותם מעוולים אנונימיים.

הפתרונות המוצעים במאמר יביאו לידי איזון בין מניעת פגיעה נזחית בכבוד, במוניטין ובחופש הביטוי של הנפגע, מחד גיסא, לבין מניעת אחריות נזחית ואפקט מצנן רחב מדי שיפגע בחופש הביטוי של הפוגע, מאידך גיסא.

פתח דבר

פרק א: פסק הדין בעניין בכרי

1. רקע והליכים קודמים
2. פסק הדין בבית המשפט העליון
 - (א) סוגיית ההתיישנות
 - (ב) אחריות בגין העלאת הסרט ליוטיוב
 - (ג) הסעד

פרק ב: אחריות לנזק? קשירת הפסקתו של מרוץ ההתיישנות לניקוי המרחב

- הציבורי מעותקים של פרסומי לשון הרע
1. פיצוי נוסף בגין כל "לשון הרע אחרת"
 2. הסרה מהמרחב המקוון על ידי גורמי הביניים, אף לאחר שהסתיימה תקופת ההתיישנות – זכות להישכח תוצרת הארץ
 - (א) מודל פלורליסטי שכולל הסרה על ידי גורמי הביניים
 - (ב) חובות הסרה בדין ובפסיקה – בין הזכות להישכח לנוהל "הודעה והסרה"

פרק ג: אחריות לנזק? הטלת אחריות על המפרסם לניקוי המרחב הדיגיטלי

- מפרסומים של צדדים שלישיים שחזרו באופן עצמאי על פרסומי העוולתיים במדיה דיגיטלית
1. גורמי הביניים כמפתח להסרת הפרסום ולצמצום נזקי העוולה
 2. הטלת פיצוי על המעלה פרסומי לשון הרע למרחב הדיגיטלי: שינוי הדין באשר לחשיפת גולשים אנונימיים כמפתח לפיצוי הנפגע
 - (א) אנונימיות והזכות לפרטיות
 - (ב) אנונימיות וחופש ביטוי
 - (1) הזכות לחופש ביטוי ושוויון בינה מלאכותית
 - (2) חשיפת משתמשים אנונימיים בפסיקה
 - (ג) פסק דין מור – הימנעות מלהורות על חשיפה בהעדר מסגרת דיונית ולנוכח חשיבותה של הזכות לאנונימיות
 - (1) כרסום בהיקף הזכות לאנונימיות ובקביעת בית המשפט בעניין מור

- (ד) הצעות חוק שהוצעו בעניין חשיפת משתמשים אנונימיים
(ה) התמודדות עם פרסום לשון הרע אנונימי – חשיפת זהות משתמשים
(1) החשיבות של חשיפת גולשים אנונימיים למימוש זכות הגישה לערכאות בעידן הדיגיטלי
(2) מסגרת לחשיפת מעוולים אנונימיים
[א] חובות גילוי ושקיפות באשר לפרסום או הפצה על ידי ישויות בינה מלאכותית
[ב] חשיפת משתמשים אנונימיים – מסגרת מוצעת

סיכום ומסקנות

פתח דבר

פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין בכרי¹ מסכם התדיינות בת שלוש מערכות, שיפורטו בהמשך הרשימה, בעניין הסרט ג'נין ג'נין, אשר מומן על ידי אנשי הרשות הפלסטינית וכלל שקרים וכזבים, לרבות לשון הרע על לוחם צה"ל.² בפסק הדין נקבע כי הסרט ג'נין ג'נין הוא לשון הרע, ניתן צו שאסר את הקרנתו והורה להחרים את עותקיו, והושתו על יוצרו – מוחמד בכרי – פיצויים בגין עוולת לשון הרע. הרשימה תטען כי יש לברך על קביעת אחריותו של בכרי לסרט המכפיש, אולם הניתוח בפסק הדין ותוצאתו בשתי סוגיות מטילים נטלים כבדים על נתבעים בפועל ובכוח בתביעות לשון הרע, אשר ספק אם הם רצויים מבחינה מערכתית, בשל השלכותיהם על היקף האחריות ללשון הרע באופן כללי.³

הרשימה תבקר שתי קביעות בפסק הדין. הראשונה היא הקביעה כי העוולה היא עוולה נמשכת מההקרנה הראשונה עד ימינו, בשל העובדה שעותקים של הסרט היו נגישים לציבור החל בשנת הפרסום. זאת, אף שלא הייתה הקרנה רציפה של הסרט, ואף שעד לפסק הדין של בית המשפט המחוזי⁴ לא ניתנו כלל צו החרמה או צו מניעה. הקביעה השנייה שתעמוד לביקורת היא כי המפרסם המקורי של לשון הרע יכול להיות אחראי גם לפרסומים חוזרים נוספים של הסרט שהועלו למדיה דיגיטלית על ידי צדדים

1 ע"א 1726/21 בכרי נ' מגנאגי (אר"ש 23.11.2022) (להלן: עניין בכרי).

2 שם, בפס' 24–28 לפסק הדין של השופט עמית. ראו פירוט בפרק א להלן.

3 ראו תמר גדרון ואורי וולובלסקי "עוד על 'ג'נין ג'נין' – הערה בעקבות פסיקת בית המשפט המחוזי בסיכום השני בעניין מגנאגי נ' בכרי" המשפט כח 103, 139 (2022) (אשר התייחסותם לקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה כאל hard cases make bad law תקפה גם לקביעות שיידונו ברשימה זו).

4 ת"א (מחוזי מר') 12733-11-16 מגנאגי נ' בכרי (אר"ש 11.1.2021) (להלן: ת"א בכרי).

שלישיים, אף שלא הוא פרסם אותם ואף שזהות הגורם שהעלה אותם אינה ידועה. הרשימה תטען כי קביעות אלו הן למעשה חקיקה שיפוטית שמשמעותה הטלת חובות חדשות על נתבעי לשון הרע בפועל ובכוח לנטר ולנקות את פרסומיהם של צדדים שלישיים שחזרו באופן עצמאי על הדברים מהמרחב הנגיש לכלל, כגון חנויות (להלן: המרחב הציבורי), ומפורמטים של הפרסום במדיה דיגיטלית (להלן: המרחב הדיגיטלי). קביעות אלו מרחיקות לכת ויובילו להרחבה לא מידתית של האחריות. לשמירת שמו הטוב של אדם ולמניעת פגיעה נזכית במוניטין שלו יש חשיבות רבה,⁵ אולם כנגדן עומדות הזכות לחופש ביטוי והחשיבות של מניעת אפקט מצנן לא מידתי שיוביל להרתעת יתר. הטלת חובה על המפרסם המקורי להסיר פרסומים חוזרים שהועלו על ידי צדדים שלישיים יוצרת למעשה אחריות נזכית.⁶ תוצאה זו פוגעת באיזון שבבסיס דיני לשון הרע. הרשימה תציע פתרונות אחרים שיובילו לאיזון ראוי.

כאמור, רשימה זו תתמקד בשאלות הנוגעות בהשפעות של נגישות פרסומים במרחב הציבורי על מרוץ ההתיישנות ובאחריותו של המפרסם המקורי לפרסומים חוזרים של פרסומיו שהועלו על ידי צדדים שלישיים. סוגיות אלו ממשיכות מחקרים קודמים שבהם עסקתי בשאלות משיקות אך שונות,⁷ אשר ראוי להבדילן מהסוגיות שעלו בפסק הדין בעניין בכרי, המצדיקות דיון נפרד. דיון זה, שיערך כאן, חשוב כיום יותר מתמיד לנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות והמשפטיות שחלו בעת האחרונה, אשר משליכות על הדין הרצוי בסוגיות של אחריות ושל חופש ביטוי במרחב הדיגיטלי.⁸

5 מיכל לביא "ביוש לנזק?" **משפטים** מט 439 (2019).

6 עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 97 לפסק הדין של השופט עמית.

7 בעוד הרשימה הנוכחית עוסקת בנגישות של פרסומים במרחב הציבורי, במרוץ ההתיישנות ובאחריותו של המפרסם המקורי לפרסומים חוזרים של פרסומיו שנעשו על ידי צדדים שלישיים, רשימות קודמות עסקו באחריותם של אתרי מרשתת (להבדיל מאחריותו של גורם מפרסם פרטי) לפרסומים של צדדים שלישיים ראשוניים (להבדיל מחזרה על לשון הרע), באחריותו של משתף לשון הרע שלמעשה חזר על פרסום דיבתי, ובשאלת הזכות להישכח באשר לפרסומים שאינם לשון הרע. ראו מיכל לביא **אחריות מתווכי תוכן לעוללות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה** פרק רביעי (2018) (להלן: לביא **אחריות מתווכי תוכן לעוללות ביטוי**) (שם התמקדתי באחריות שילוחית של מתווכים); מיכל לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות: הצעות לפעולה" **חוקים** יג 59 (2020) (להלן: לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות") (שם התייחסתי לאחריותם של מתווכי התוכן לצמצום הנזקים הנובעים משיתוף של תוכני לשון הרע שקריים על ידי משתמשים); מיכל לביא "שיתוף לשון הרע ברשתות חברתיות: בעקבות ע"א 1239/19 שאול נ' נידילי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2020)" **משפטים על אתר** טו 159 (2020) (להלן: לביא "שיתוף לשון הרע") (שם התייחסתי לאחריות של משתף לשון הרע); לביא "ביוש לנזק?", לעיל ה"ש 5 (שם התייחסתי לזכות להישכח בהקשר של ביטוי שהוא ביוש (שיימינג)).

8 התפתחויות טכנולוגיות ומנגנונים לסינון והסרה של תכנים מפרים באמצעות אלגוריתמים של בינה מלאכותית מחדדים את הנושא של מתווכי המרשתת כמונעים היעילים של נזקי פרסום חוזר דיבתי. כמו כן, ביטוי מכונה (machine speech), שנוצר על ידי אלגוריתם, משליך על שאלות של חופש ביטוי וזכות לאנונימיות בעידן הדיגיטלי.

הרשימה תתקדם כדלהלן: **בחלק הראשון** תסקור הרשימה את מסכת ההתדיינויות בפרשת בכרי למערכותיה השונות, במישור המנהלי ובמישור של דיני לשון הרע, עד לפסיקת בית המשפט העליון. **בחלק השני** תבקר הרשימה את הקביעה כי פרסומו של הסרט ג'נין ג'נין הוא עוולה נמשכת בשל נגישותן של הקלטות הסרט במרחב הציבורי. הרשימה תטען כי הטלת חובה על נתבע בלשון הרע לנקות את המרחב הציבורי מעותקים פיזיים של הפרסום המקורי ולדאוג שהם לא יימכרו ולא יהיו נגישים לכלל, כדי לעצור את מרוץ ההתיישנות, היא מרחיקת לכת, מאחר שעם חלוף הזמן ממילא ההשפעה של פרסום הסרט מתפוגגת ועותקיו נעשים קשים להשגה.⁹ לנוכח הנזק המצומצם הטמון בהימשכות נגישותן של הקלטות, הקביעה כי הימצאות עותקים במרחב הציבורי אינה מונעת את עצירת מרוץ ההתיישנות אינה מאזנת כראוי בין הזכות לשם טוב מזה לבין הזכות לחופש ביטוי והרציונלים לזכות להתיישנות מזה. הרשימה תציע כי את ההרתעה ואת מימוש המטרה התרופתית ראוי להשיג באמצעות פיצוי בגין כל פרסום שהוא "לשון הרע אחרת".¹⁰ תוצאה זו מאזנת בין חופש הביטוי לשמו הטוב של הנפגע, וכן בין גישות שהובעו בשיטות משפט שונות באמצעות דיני הפיצוי.¹¹ לגבי פרסומי לשון הרע המצויים במרחב הדיגיטלי תטען הרשימה כי ראוי לאמץ הצעה שהוצעה בספרות ולאפשר את סעד ההסרה באמצעות גורמי הביניים (מתווכי התוכן והחיפוש) אף לאחר תום תקופת ההתיישנות.¹² זאת, מאחר שההתיישנות יוצרת מחסום של זמן בפני הגשת תובענות אך בדרך כלל היא אינה מפקיעה את הזכות.¹³

התפתחויות משפטיות מן העת האחרונה בפסיקת בית המשפט העליון זורעות אור על סוגיה משיקה של פיצוי בגין פרסום חוזר על ידי אותו מפרסם, אשר ניתן ללמוד ממנה לענייננו. ראו רע"א 2855/20 **פלונת נ' פלונת** (אר"ש 6.10.2022). פסיקה נוספת של בית המשפט המחוזי פותחת דיון וחשיבה מחודשת בשאלות של חשיפת גולשים אנונימיים. ראו ת"א (מחוזי חי') 44827-10-21 **אבישר נ' דואק** (אר"ש 3.8.2023); ת"א (שלום פ"ת) 48690-01-23 **כהן נ' טלזר 019 שרותי תקשורת בינלאומיים בע"מ** (אר"ש 24.5.2023) (להלן: עניין **טלזר**); ת"א (מחוזי ת"א) 16009-03-23 **אלצאנע נ' TikTok Pte. Ltd** (אר"ש 26.7.2023); ת"א (שלום ת"א) 61142-07-21 **כהן נ' ווינד תל-אביב (בייקי) בע"מ** (אר"ש 2.4.2022) (להלן: ת"א **ווינד**); ע"א (מחוזי ת"א) 8720-06-22 **כהן נ' ווינד תל-אביב (בייקי) בע"מ**, פס' 11 (אר"ש 2.11.2022) (להלן: ע"א **ווינד**); ת"ק (קטנות טב') 16448-03-19 **דהרי נ' כושר פיננסים** (אר"ש 29.8.2019). ראו גם בג"ץ 7846/19 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר**, פס' 31 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (אר"ש 12.4.2021) (להלן: עניין **עדאלה**) (אשר מתייחס, בין היתר, לזכויות של יצגנים (אוטרים) ובוטים לחופש ביטוי).

9 אלעד פלד "מניין תקופת ההתיישנות בגין עוולות מקוונות" **חוקים** ד 57, 83 (2012) (להלן: פלד "עוולות מקוונות"); גדרון וולובלסקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 132.

10 להבהרה מהי עוולה נפרדת שבגינה ייפסק פיצוי ראו עניין **פלונת**, לעיל ה"ש 8. אף שפסק הדין לא עסק בנושא ההתיישנות, יש בגישה שהובעה בפסק הדין כדי להשליך גם על סוגיית ההתיישנות.

11 לגישות שונות לעוולה נמשכת בדין האמריקני ובדין האנגלי ראו פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 76–77.

12 שם, בעמ' 89–93.

13 ראו עמוס הרמן **דיני נזיקין** 339 (מהדורה שנייה 2020).

הצעה זו עולה בקנה אחד עם הצעות חוק קודמות וכן עם הזכות להישכח, אשר אומצה באיחוד האירופי ולאחרונה גם בקנדה, ואשר מצאה את ביטויה אף בפסיקה בארץ, אם כי באופן מצומצם יותר באשר לתוכני לשון הרע.¹⁴

בחלק השלישי תתמקד הרשימה בחובה החדשה שהטיל פסק הדין בעניין בכרי על המפרסם המקורי – החובה לנקות את המרחב הדיגיטלי מפרסומים חוזרים של פרסומו שהועלו על ידי צד שלישי למדיה דיגיטלית, אף שאלה אינם בשליטתו והוא לא שידל לעשייתם.¹⁵ הרשימה תטען כי על אף הפגיעה הקשה בשמו הטוב של אדם שפורסמה עליו לשון הרע במרחב הדיגיטלי, הטלת חובה על המפרסם המקורי לנטר את המרחב הדיגיטלי ולפקח עליו היא מרחיקת לכת, ואף סותרת את פסיקת בית המשפט העליון אשר הטילה את האחריות במקרה כזה על הפרט שחזר על מה שנאמר.¹⁶ הטלת חובה כאמור עלולה להוביל לאחריות נצחית – בפרט לנוכח האפשרות שמשמש אנונימי יעלה את אותם תכנים שוב ושוב – ולמנוע את סופיות הדין.

בשל ההשלכות הלא-רצויות של אחריות נצחית על נתבעים בפועל ובכוח, הרשימה טען כי ראוי להביא לידי צמצום הפגיעה בשמו הטוב של נפגע בשני מסלולים אחרים. האחד הוא **התמקדות במונחי הנזק היעילים**, קרי, **בגורמי הביניים** (מתווכי התוכן והחיפוש), שבכוחם להסיר פרסומים משמיצים. גורמים אלו פיתחו ומפתחים מנגנונים טכנולוגיים להסרה יעילה של תכנים מזיקים, והם המפתח לצמצום הפגיעה הנמשכת בשמו הטוב של הנפגע. הרשימה תציע לצרף גורמים אלו להליך התביעה בבתי המשפט, כדי לייעל את הליך ההסרה. המסלול האחר הוא **חיובו של הצד השלישי החוזר באופן עצמאי על פרסומי לשון הרע באחריות ישירה ובפיצוי הנפגע**.

המפרסם המקורי או החוזר על לשון הרע יכולים להיות אנונימיים. כיום קיים קושי משפטי לחשוף את זהותו של מעוול הפועל תחת מעטה של אנונימיות.¹⁷ חלק מרכזי ברשימה יבקש לבסס את הטענה כי ראוי לפעול לשינוי המצב המשפטי הפוזיטיבי ולאפשר את חשיפת זהותו, באיזונים המתאימים. בהמשך לכך גם תוצע מסגרת לחשיפה כזו. בתי המשפט מתחילים לצעוד בכיוון זה, וכבר כיום אפשר למצוא סדקים בזכות

14 להרחבה על הזכות להישכח ראו לביא "ביוש לנזח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 466–473; ע"א (מחוזי ת"א) 44711-11-14 סביר נ' בר נוי (אר"ש 22.6.2015) (להלן: ע"א סביר); רע"א 4673/15 בר נוי נ' סביר (אר"ש 8.3.2016) (להלן: רע"א סביר) (שם הושתו פיצויים על מנוע חיפוש אשר לא ציית לנזהל "הודעה והסרה" ולא הסיר קישור לאתר אף שאי-הנכונות של המידע בו הייתה ברורה מאליה); ת"א (שלום ת"א) 18796-07-16 בר און נ' שם טוב (אר"ש 25.6.2017); עניין פלונית, לעיל ה"ש 8, בפס' 25 לפסק הדין של השופטת ברק-ארו.

15 על שידול לעזולת לשון הרע ראו מיכל לביא "משפיענים – היזהרו בפרסומיכם! על אחריותם של משפיענים ברשתות חברתיות לשידול ולפרסום לשון הרע: בעקבות ע"א (מחוזי ת"א) 52301-10-20 דרוקר נ' אליאסי (נבו 23.1.2022) "משפטים על אתר כ (צפוי להתפרסם) (להלן: לביא "משפיענים – היזהרו בפרסומיכם!")".

16 רע"א 1239/19 שאול נ' נידלי תקשורת בע"מ (אר"ש 8.1.2020).

17 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010).

לאנונימיות בפסיקותיהן של הערכאות הנמוכות.¹⁸ כיום – יותר מתמיד – בשלה העת לשנות את הדין בעניין חשיפת גולשים אנונימיים. זאת, לנוכח מאפייניו של העידן הדיגיטלי, המאפשר הגברה של נזקי ביטוי, ובפרט לנוכח חברת האלגוריתמים,¹⁹ המאפשרת לישויות אלגוריתמיות מבוססות בינה מלאכותית – אשר מחקות התנהגות תבונית לפי דפוסים שנלמדו ממערכי נתונים נרחבים ויכולות לקבל החלטות באופן עצמאי²⁰ – לפרסם, לשתף ולהפיץ ביטויי לשון הרע לתפוצה רחבה, ובכך להסב נזקים כבדים או להגביר נזקי ביטוי במידה ניכרת וללא אחריותיות. הרשימה אף תדון בסוגיית חופש הביטוי בעניין זה, ותטען כי גם במישור של חופש הביטוי אין זה ראוי שביטוי מכונה (machine speech), שנוצר על ידי אלגוריתם, יזכה באותה דרגת הגנה כמו ביטוי אנושי, מאחר שהרציונלים לזכות לחופש ביטוי חלים בעניינו באופן שונה לעומת ביטוי אנושי.²¹ לנוכח התגברות כמותם של ביטויים אלגוריתמיים ואי-הבהירות בשאלה אם ביטוי משמין פורסם על ידי בן אנוש או אלגוריתם, קיימות הצדקות רבות יותר לקיים הליך חשיפה לגבי כלל המשתמשים המעולים האנונימיים, באיזונים המתאימים. הרשימה תחתום בהצעת מסגרת לחשיפת משתמשים מעולים אנונימיים.

18 ת"א ווינר, לעיל ה"ש 8; עניין טלזר, לעיל ה"ש 8; עניין אלצאנע, לעיל ה"ש 8; עניין אבישר, לעיל ה"ש 8.

19 Jack M. Balkin, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, 78 OHIO ST. L.J. 1217, 1219 (2017) (המגדיר את "חברת האלגוריתמים" כחברה אשר מאורגנת סביב החלטות חברתיות וכלכליות שמתקבלות על ידי אלגוריתמים סוכני בינה מלאכותית). ראו גם, Michal Lavi, *Targeting Children: Liability for Algorithmic Recommendations*, 73 AM. U. L. REV. 1367, 1386–1389 (2024) (להלן: Lavi, *Liability for Algorithmic Recommendations*).

20 לדוגמה, צ'טבוטים ועוזרים דיגיטליים, וכן מודלים של שפות דוגמת ChatGPT, אשר יוצרים תוכן ללא תלות במתכנתיהם האנושיים. ראו, למשל, Hadar Y. Jabotinsky & Michal Lavi, *Can ChatGPT and the Like Be Your Co-authors?*, 42 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 347, 373 (2024) ("Thus, as AI entities 'generate more content independently of their human programmers, it is going to be harder and harder for humans to take credit' for the outputs").

21 ראו עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 8, בפס' 31 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (אשר דן בזכויות של יצגנים ובוטים לחופש ביטוי). לדיון בספרות ראו Jabotinsky & Lavi, *Can ChatGPT and the Like Be Your Co-authors?*; FRANK PASQUALE, *NEW LAWS OF ROBOTICS: DEFENDING HUMAN EXPERTISE IN THE AGE OF AI* 109 (2020); SIMON CHESTERMAN, *WE, THE ROBOTS? REGULATING ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE LIMITS OF THE LAW* 120 (2021); Nathan Cortez & William Sage, *The Disembodied First Amendment*, 100 WASH. U. L. REV. 707, 710 (2023).

פרק א: פסק הדין בעניין בכרי

1. רקע והליכים קודמים

באפריל 2002 החל צבא הגנה לישראל במבצע "חומת מגן", שהתרכז בכמה מוקדים וערים. קדמה לאותו מבצע שרשרת של אירועי פעילות חבלנית עוינת, שנקודת השיא שלהם הייתה הפיגוע במלון "פארק" בנתניה, שבמסגרתו פוצץ עצמו מחבל מתאבד תוך שהוא גורם למותם של שלושים אזרחים ולפציעה של מאות נוספים. במהלך המבצע נכנסו כוחות צה"ל לעיר ג'נין ובפרט למחנה הפליטים במקום, ששימש מוקד מרכזי להתארגנויות לפיגועים, ואשר ממנו יצאו מחבלים מתאבדים רבים לפיגועים ברחבי הארץ. כוחות צה"ל התריעו בפני האוכלוסייה האזרחית לעזוב את המקום, ולאחר מכן ניהלו לחימה בתנאים קשים, תוך מאמץ לצמצם פגיעה אפשרית באזרחים. בקרב נהרגו עשרים ושלושה חיילי צה"ל ונפצעו עשרות רבות של חיילים. בצד הפלסטיני נהרגו חמישים ושניים איש, כמחציתם מחבלים והיתר אזרחים.²² סמוך לאחר סיומו של מבצע "חומת מגן" הגיע מוחמד בכרי למחנה הפליטים ג'נין וביקש ליצור סרט שמציג את הסיפור מהצד הפלסטיני. הוא ערך שם צילומים שונים, לרבות מה שנחזה כראיונות עם תושבי המחנה, בצירוף צילומים של חיילים, טנקים ואזורים שונים מתוך מחנה הפליטים.²³ כל אלה נשזרו יחדיו ליצירת הסרט **ג'נין ג'נין**.

הסרט, שמומן על ידי אנשי הרשות הפלסטינית, הובא לאישור המועצה לביקורת סרטים לפני הקרנתו, והמועצה פסלה אותו להקרנה, בהתאם לסמכותה על פי פקודת סרטי הראינוע, מאחר שהיא מצאה כי הסרט חד-צדדי וכולל הצגה מסולפת של אירועים במסווה של אמת דוקומנטרית, העלולה להטעות את הציבור ולפגוע קשות ברגשותיו. עוד מצאה המועצה כי הצגת האירועים גובלת בהסתה ויוצרת דה-לגיטימציה לקיומה של מדינת ישראל. נקבע כי עקרונות היסוד וטבעה של דמוקרטיה שאינה חפצה לאבד עצמה לדעת מחייבים להימנע ממתן אישור והכשר להקרנת הסרט האמור.²⁴

במערכה הראשונה עתר בכרי לבג"ץ נגד החלטת המועצה (במישור המנהלי), והעתירה התקבלה.²⁵ בית המשפט (מפי השופטת דורנר, שאליה הצטרפו השופטת פרוקצ'יה והשופט גרוניס) קבע כי החלטת המועצה לביקורת סרטים פוגעת בחופש

22 עניין **בכרי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 1 לפסק הדין של השופט עמית.

23 ראו את תיאור העובדות בת"א **בכרי**, לעיל ה"ש 4, בפס' 1–2.

24 לתיאור החלטת המועצה ראו דנג"ץ 10480/03 **בוסידן נ' בכרי**, פ"ד נט(1) 625, פס' 4 לפסק הדין (2004).

25 בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 249, פס' 17 לפסק הדין של השופטת דורנר (2003) (להלן: **בג"ץ בכרי**). להרחבה על פסק הדין ראו נדב דגן "מידתיות חוקתית, סבירות מנהלית: הסדרה משפטית של שיקול דעת שלטוני בראי המשפט המקובל" **דין ודברים** טו 461, 476–477 (2021).

הביטוי ואינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,²⁶ מאחר שהיא אינה מקיימת את הדרישות של תכלית ראויה²⁷ ומידתיות.²⁸ במערכה השנייה, לאחר שהיועץ המשפטי סירב להגיש תביעה פלילית נגד בכרי, הגישו חיילי צה"ל תביעות דיבה נגד בכרי במישור האזרחי.²⁹ בבית המשפט המחוזי נקבע כי במסגרת הסרט מיוחסים לחיילים מעשים קשים שנתפסים על ידי האדם הסביר כמשפילים ומבזים, ואשר עלולים להפוך את החיילים שהמעשים הללו מיוחסים להם למטרה לשנאה. לפיכך הדברים בסרט עולים כדי הוצאת לשון הרע, כהגדרתה בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.³⁰ אולם לפי סעיף 4 לחוק, "לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה...". מאחר שבסרט הנדון פונוה לשון הרע כלפי כלל חיילי צה"ל, קבע בית המשפט כי הסרט הוא לשון הרע נגד ציבור, ולא נגד חייל צה"ל זה או אחר. בשל העדר עילת תביעה אישית, נדחתה התביעה בבית המשפט המחוזי ואף בערעור לעליון.³¹

בהמשך, במהלך השנים 2010–2012, הוקרן הסרט המכפיש ארבע פעמים נוספות: באוניברסיטת תל אביב, בסינמטק זכרון יעקב, במכללת בית ברל ובאוניברסיטה העברית בירושלים, ובשנת 2012 הוא אף הועלה ליוטיוב. לאחר שנים, בשנת 2015, הלוחם סגן אלוף במיל' ניסים מגנאג'י, שלא נמנה עם קבוצת הלוחמים שתבעו במערכה הקודמת, זיהה את עצמו בסרט באופן הקושר אותו למעשי ביזה שלא היו ולא נבראו (להלן: אירוע "ביזת הזקן").³² כך נפתחה הדרך לתביעה במערכה השלישית. סוגיה מרכזית שעלתה במסגרתה היא סוגיית ההתיישנות. מאחר שהקרנת הסרט הראשונה אירעה בשנת 2002 ומגנאג'י הגיש את תביעתו בשנת 2015, נבחנה השאלה אם תקופת ההתיישנות החלה ביום ההקרנה הראשונה או כאשר נודע לתובע כי הוא מופיע בסרט.³³

26 פסקת ההגבלה שבס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

27 ראו בג"ץ **בכרי**, לעיל ה"ש 25, בפס' 12 לפסק הדין של השופטת דורנר.

28 שם, בפס' 13–16 לפסק הדין של השופטת דורנר.

29 ת"א (מחוזי מר') 6053-08-07 **בן-נתן נ' בכרי** (אר"ש 26.6.2008). לדין בערעור לבית המשפט העליון בעניין זה ראו ע"א 8345/08 **בן נתן נ' בכרי**, פ"ד סה(1) 567 (2011) (להלן: ע"א **בן נתן**).

30 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט דנציגר.

31 ע"א **בן נתן**, לעיל ה"ש 29, בפס' 7–15.

32 ראו ת"א **בכרי**, לעיל ה"ש 4, בפס' 148 ו-151 ("בכתב התביעה טען התובע כי הוא עצמו מצולם בסרט כחייל צה"ל, יחד עם שני חיילים אחרים, ניתן לזהותו והוא אף זוהה בפועל על ידי צדדים שלישיים. לשיטת התובע, כלל הטענות המובאות בסרט מיוחסות גם אליו באופן אישי כמי שנצפה בסרט וכאשר הוא לבוש במדי צה"ל... הסצנה בה נטען כי התובע מופיע הינה זו אשר במסגרתה מספר אדם זקן למצלמה, על אירוע מזעזע אשר לכאורה, ולדבריו, התרחש במהלך מבצע חומת מגן ובמסגרתו בזו את ביתו מספר חיילי צה"ל...").

33 שם, בפס' 88.

כמו כן נבחנה השאלה אם ההקרנות הנוספות, בשנים 2010–2012, מקימות עילה חדשה או שמדובר בעוולה נמשכת.³⁴

נוסף על ההקרנות בשנים 2010–2012 התייחס מגנאג'י בכתב התביעה להעלאה המאוחרת של הסרט ליטיוב בשנת 2012, וטען כי היא בגדר פרסום חדש, במדיה חדשה, אשר מקים לו עילת תביעה חדשה.³⁵ כנגד זה טען בכרי כי הפרסום באתר יוטיוב נעשה לא באמצעותו ולא בידיעתו.³⁶

בית המשפט המחוזי במחוז מרכז מצא כי יש בתוכן הסרט כדי להביא לייחוס ברור של אירוע "ביזת הזקן" למגנאג'י ולשני החיילים הנצפים עימו.³⁷ השופטת סילש קבעה כי אף שלא הוכח כי הנתבע הוא שהעלה את הסרט ליטיוב, "...מקום בו מודע הנתבע להכרעות המשפטיות בעניין הסרט אך בחר שלא לעשות דבר לצורך הסרתו או לכל הפחות להוספת הבהרה בדבר אי בדיקתן של הטענות – אין מקום לקבל את הטענות בדבר התקיימן של איזה מהגנות חוק איסור לשון הרע, ואלו נדחות".³⁸ נקבע כי אין מקום להבחנה בין ההקרנות בסינמטק ובמוסדות, שנעשו בהסכמת בכרי, לבין ההעלאה ליטיוב, שנעשתה מבלי שהוא ניסה למונעה או להגבילה.³⁹ עוד נקבע כי הנתבע ידע או לכל הפחות היה יכול לדעת כי מעשה ההפצה המקורי של הסרט יכול להביא את המידע לידיעת כלל הציבור, ומאחר שאין צורך שהמעוול יצפה את כלל פרטי התהליך של גרימת הנזק, אלא די בכך שהוא יצפה מראש את הקווים הכלליים – קמה אחריות.⁴⁰

באשר להתיישנות קבע בית המשפט המחוזי כי התביעה לא התיישנה. לאור סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ומאחר שהתובע לא ידע על הופעתו בסרט, נקבע כי אי-הגילוי של ההופעה בסרט סביר.⁴¹ כמו כן נקבע כי חלות על הפרסומים הוראות סעיף 89(1) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ואין מדובר בעילה נמשכת,⁴² וכי בכל מקרה יוטיוב הוא אפיק פרסומי שונה לחלוטין. לפיכך התקבלו כל טענותיו של מגנאג'י.

34 שם, בפס' 107.

35 שם, בפס' 90 ("...יש לראות את העלאת הסרט ל-YouTube בשנת 2012, כפרסום חדש, במדיה חדשה, ומשכך ממילא יש לראות את תביעתו כזו אשר לא התיישנה בהתייחס לפרסומים שבוצעו באמצעות פלטפורמה זו").

36 שם, בפס' 212.

37 שם, בפס' 170.

38 שם, בפס' 236.

39 שם, בפס' 213.

40 שם.

41 שם, בפס' 86 ("...אני מוצאת כי רצונו של התובע שלא לשוב ו-'לחפור' בפצעי נפשו מהלוחמה במבצע, אינו בלתי סביר בנסיבותיו של מקרה זה, וכי אין לראותו כמי שלא נקט באמצעים סבירים לצורך צפייה בסרט, ולו על מנת לוודא אם הוא מופיע במסגרתו או לא") ו-88 ("בהינתן כל אלו, אני מורה כי תקופת ההתיישנות, ככל ועניינה עילת התביעה של התובע, החלה בשנת 2015, ועת נודע לתובע כי הוא מופיע בסרט").

42 שם, בפס' 107 ו-115.

מגנאג'י תבע פיצוי כספי וכן צו מניעה והחרמה לגבי הקרנות עתידיות.⁴³ באשר לפיצוי כספי, במסגרת כתב התביעה הוא ביקש שבית המשפט יחייב את הנתבע בתשלום פיצוי בגין כל פרסום של הסרט, לרבות העלאתו של הסרט ליוטיוב.⁴⁴ זאת, אף שלא הוכח כי בכרי הוא שהעלה את הסרט לאתר. בית המשפט פסק פיצוי על דרך האומדנה, והעמידו על סך כולל של 175,000 ש"ח.⁴⁵

באשר לסעד המניעה וההחרמה נקבע כי הצופה הסביר (אשר לא יוכל בהכרח לשוחח עם התובע או עם משתתפים אחרים בסרט) יכול להתרשם מהסרט ולהסיק כי הוא משקף נכוחה את אירועי העבר. בשל העדר התאימות בין הגדרת הסרט כסרט תיעודי להעדרה של כל בחינה עובדתית של הראיונות שנערכו בו, נקבע כי סעדים של צו מניעה והחרמה מוצדקים.⁴⁶ לפיכך, נוסף על הפיצוי שנפסק הוצא צו, המופנה כלפי כולי עלמא, המורה על החרמה של עותקי הסרט. אולם בכל הנוגע באתר יוטיוב נקבע כי מסיבות פרוצדורליות אין מקום למתן סעד של צו עשה המופנה כלפיו.⁴⁷

2. פסק הדין בבית המשפט העליון

על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שנדון לעיל, ערער בכרי לבית המשפט העליון. פסק הדין של בית המשפט העליון, שניתן על ידי השופטים עמית, שטיין ומינץ, התמקד בכמה סוגיות, לרבות היות הסרט לשון הרע, התיישנות תביעתו של מגנאג'י, האחריות והסעד. נוסף על כך עסק פסק הדין בשאלה אם ראוי להטיל על בכרי אחריות להעלאת הסרט ליוטיוב אף שלא הוכח כי הוא אחראי להעלאה זו, ואם קמה לו חובה להביא לידי הסרתו מהאתר.

כל שופטי ההרכב קבעו כי שילוב תמונתו של מגנאג'י בסרט בנקודת הזמן המדויקת שנבחרה על ידי עורך הסרט, בעיצומה של הסצנה שבה מתואר מעשה הביזה, אינה שיבוץ אקראי גרידא והיא לשון הרע.⁴⁸ הסרט הוא לשון הרע, ותכליתו היא השחרת פני צה"ל מבלי לבדוק עובדות במקרה הטוב, או תוך סילוף העובדות במקרה הפחות טוב.⁴⁹ מעבר לזה, בכרי עצמו העיד כי בחר קטעים אלו במכוון מתוך עשרים וחמש שעות צילום. לפיכך דחה בית המשפט את התזה כי שילוב צילומו של מגנאג'י לא נעשה במחשבה תחילה במטרה ליצור זיקה בין תיאור סצנת הביזה לחיילים המוצגים. לכל הפחות, כך הצופה הסביר עשוי לתפוס את הדברים. נקבע כי "קביעתו של בית

43 שם, בפס' 239 ו-245.

44 שם, בפס' 237.

45 שם, בפס' 244.

46 שם, בפס' 247.

47 שם, בפס' 252. בית המשפט נמנע מלתת צו עשה כלפי יוטיוב מאחר שהמשיב לא הקדים פנייה ליוטיוב בהתאם להוראות הדין ויוטיוב לא זכתה להגיב על הטענות בהליך המשפטי.

48 עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 24–28 לפסק הדין של השופט עמית.

49 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט שטיין.

המשפט המחוזי כי הפרסום מהווה לשון הרע כלפי המשיב – בדין יסודה, ואין עילה להתערב בה".⁵⁰

באשר ליתר הסוגיות נחלקו השופטים ביניהם. להלן אתיחס בפירוט לעמדותיהם באותן סוגיות (לסיכום תמציתי של העמדות השונות ראו להלן טבלה 1).

(א) סוגיית ההתיישנות

השופט עמית דן בשאלת ההתיישנות בהרחבה. מאחר שההקרנה הראשונה של הסרט אירעה במהלך שנת 2002, על פני הדברים חלה התיישנות. השופט התמקד בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, הכולל מבחן אובייקטיבי ומבחן סובייקטיבי אשר בהתקיימם מועד ההתיישנות נדחה. לפי סעיף זה, מועד ההתיישנות נדחה אם "נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה". השופט עמית דן בשאלה אם העובדה שמגנאג'י צפה בסרט לראשונה רק בשנת 2015 ורק אז גילה את דבר הופעתו בו, אף שידע על קיום הסרט, מקיימת את תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות ומביאה לידי דחיית מרוץ ההתיישנות. לדעת השופט עמית, מבחינה אובייקטיבית היה אפשר "בזהירות סבירה" לגלות את הטעון גילוי, ודי בכך לשלול את תחולת הסעיף. מאחר שמגנאג'י היה יכול לגלות עוד קודם את דבר הופעתו בסרט, שגה בית המשפט המחוזי כאשר קבע כי מרוץ ההתיישנות החל בשנת 2015.⁵¹

באשר לשאלת הימשכות העוולה סבר השופט כי בשונה ממצב שבו סרט מוקרן ברציפות, לדוגמה בהצגה שבועית, אם חלפו שנים בין הקרנה להקרנה, לא מתקיימת רציפות, ואין בסיס לטענה כי מדובר בחלק מעוולה נמשכת.⁵² לעומת זאת, תביעתו של מגנאג'י בגין ארבע ההקרנות של הסרט שנערכו בסינמטק ובמוסדות הנוספים בשנים 2010–2012 עומדת על רגליה היא. אותן ארבע הקרנות מנותקות מרצף ההקרנות שאירעו לאחר ההקרנה הראשונה,⁵³ ולפיכך מקימות עילת תביעה נפרדת, אשר לא התיישנה.⁵⁴ השופט עמית הוסיף כי בעובדה שלאורך השנים היו עותקים של הסרט נגישים לציבור אין כדי להפוך את הפרסום לעוולה נמשכת מיום צאת הסרט לאור ועד היום, "שאם לא כן, פירוש הדבר שכל אימת שקיים עותק של פרסום דיבתי הנגיש לציבור, מירוצן ההתיישנות לא יסתיים".⁵⁵

50 שם, בפס' 29–31 לפסק הדין של השופט עמית.

51 שם, בפס' 42 לפסק הדין של השופט עמית.

52 שם, בפס' 52 לפסק הדין של השופט עמית.

53 שם, בפס' 52–54 לפסק הדין של השופט עמית (כך, אם הפרסומים המאוחרים יותר הם עילה מתחדשת, התביעה בגינם היא בפני עצמה, ומתיישנת רק בחלוף שבע שנים; ואם הפרסומים הם עילה מתארכת, יש לבצע "דחיסה לפנים" ולראות את תחילת מרוץ ההתיישנות מיום החדילה של המעורל ממעשהו או ממחדלו).

54 שם, בפס' 89 לפסק הדין של השופט עמית.

55 שם, בפס' 96 לפסק הדין של השופט עמית.

השופט שטיין סבר כי מדובר בעילה נמשכת ולכן גם האחריות להקרנות הראשונות בשנת 2002 לא התיישנה. לגישתו, אחריותו של בכרי מורכבת ממעשה הפרסום וממחדל שלאחריו. כל זמן שבכרי השאיר את הסרט במרחב הציבורי, ללא תיקון וללא הכחשה, ולא פנה למקריני הסרט בדרישה להפסיק את הקרנותיו, הוא ממשיך להיות אחראי ללשון הרע שהביא לעולם.⁵⁶ לפיכך, בפרסמו את סרט הכזבים שלו במרחב הציבורי בדרך שהנגישה את הסרט לציבור הרחב, הוא ביצע עוולה נמשכת של לשון הרע.⁵⁷

השופט מינץ הצטרף לעמדת השופט שטיין לעניין ההכרה בעוולה נמשכת בסוגיית ההתיישנות, וסבר אף הוא כי העילה היא עילה נמשכת. אף שלא הייתה הקרנה רציפה של הסרט, עותקים של הסרט היו "נגישים לציבור החל משנת הפרסום",⁵⁸ ולנוכח המחירים הגופניים והנפשיים הנלווים ללחימה, לא הייתה על מגנאג'י החובה לחקור במועד מוקדם יותר את שאלת הופעתו בסרט.

אולם לעניין כלל הגילוי המאוחר שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות הצטרף השופט מינץ לשופט עמית ופירש בצורה מצמצמת את היסוד האובייקטיבי של סעיף זה. אף שמגנאג'י צפה לראשונה בסרט בשנת 2015 ורק אז התברר לו כי הוא מופיע בו, כך שהתקיים היסוד הסובייקטיבי שבסעיף 8, קבע השופט מינץ כי בהיבט האובייקטיבי בחירתו של מגנאג'י לא לצפות בסרט במועד מוקדם יותר מובילה למסקנה "כי יש לראותו כמי שלא נקט צעדים סבירים לצורך בירור העובדות המהותיות המהוות את עילת תביעתו".⁵⁹ כך, לנוכח אי-התקיימותו של המבחן האובייקטיבי, מסקנת השופט מינץ היא כי אין תחולה לסעיף 8 לחוק ההתיישנות, ואלמלא המסקנה כי העוולה היא עוולה נמשכת, הייתה התביעה מתיישנת באשר להקרנות הסרט שקדמו לארבע ההקרנות שנערכו בשנים 2010–2012.⁶⁰ בדעת הרוב נקבע אם כן כי העוולה היא עוולה נמשכת ולא התיישנה.

(ב) אחריות בגין העלאת הסרט ליוטיוב

באשר להעלאת הסרט ליוטיוב סבר **השופט עמית כי יש להבחין בינה לבין ההקרנות** המאוחרות בסינמטק ובמוסדות השונים.⁶¹ בשונה מההקרנות המאוחרות, אשר נעשו בהסכמת בכרי, לא נסתרה גרסתו של בכרי כי לא הוא העלה את הסרט ליוטיוב וכי אין לו ידיעה באשר לזהות המפרסם החוזר במקדָת (פלטפורמה) זו. ברור כי האדם שהעלה את הסרט לאתר הוא בגדר "מפרסם" של לשון הרע, אולם פסק הדין בחן אם יש בסיס

56 שם, בפס' 11 ו-42 לפסק הדין של השופט שטיין ("העוולה הנמשכת שבה קא עסקינן מורכבת אפוא ממעשה חד-פעמי – פרסומה של לשון הרע במרחב הציבורי – וממחדל מתמשך שבא-הסרת הפרסום ובאי-תיקונו").

57 שם, בפס' 68 לפסק הדין של השופט שטיין.

58 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט מינץ.

59 שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מינץ.

60 שם, בפס' 11 לפסק הדין של השופט מינץ.

61 שם, בפס' 57 לפסק הדין של השופט עמית.

לקביעה כי בכרי הוא גם "מפרסם" באשר לפרסום החוזר של הסרט ביוטיוב, בשל העובדה שהוא האדם שפרסם את הסרט המקורי. השופט עמית הגיע למסקנה כי בכרי אינו בא בגדר המשבצות בחוק איסור לשון הרע ובפקודת הנזיקין המאפשרות להטיל עליו אחריות בגין העלאת הסרט ליוטיוב, מאחר שהעלאה זו לא הייתה בידיעתו או בהסכמתו.⁶² לפיכך הוא אינו "מפרסם" לפי ההגדרות בחוק איסור לשון הרע, ואף אינו "מרשה" לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין, ואי־אפשר להופכו למעוול משותף ללא הסכמה מדעת.⁶³ אולם יש להבחין בין שאלת האחריות לבין שאלת הנזק. באשר לנזק, בבוחרו לפרסם את סרטו באקרנים, היה על המערער לצפות את האפשרות שהסרט ייחשף לפני רבים. על הצפיות לגבי מידת הפגיעה "להילקח בחשבון במסגרת הדיון בסעד שיש לפסוק בגין ביצוע העוולה של פרסום לשון הרע, ובפרט בעת קביעת שיעור הפיצוי שיש להשית על המעוול בשל כך".⁶⁴ כך, אף שבכרי אינו אחראי לפרסום ביוטיוב, ציין השופט עמית כי לאפשרות לצפות את התפשטות הפרסום יש השלכות על שאלת הפיצוי.⁶⁵

השופט עמית הביע דאגה וביקורת כלפי פסק דינם של שני שופטי ההרכב האחרים, שסברו כי בכרי אחראי גם בגין הפרסום החוזר ביוטיוב אף שלא הוכח כי הוא העלה אותו (ראו פירוט בפסקאות הבאות). לטענתו, גישה זו מובילה לכך שהמפרסם המקורי יהיה חשוף לתביעת לשון הרע לעד, שהרי המרשתת "אינה שוכחת", ואי־אפשר להסיר לחלוטין פרסום ממדיה דיגיטלית. השופט עמית סבר כי גישה שופטי הרוב מובילה לכך שפלוני שפרסם לשון הרע יישא באחריות גם בגין פרסום חוזר שנעשה על ידי אלמוני שנים רבות לאחר מועד הפרסום המקורי. קביעה זו מטילה על המפרסם המקורי חובה אקטיבית לדרוש את הסרת הפרסום החוזר אף שהוא לא נעשה על ידיו, כדי להימנע מאחריות בגין הפרסום המאוחר. תוצאה זו חותרת למעשה תחת הרציונלים של דיני ההתיישנות.⁶⁶

השופט שטיין סבר בסוגיה זו כי אף שאין ראיות שקושרות את בכרי להעלאת הסרט למרשתת, בכרי נושא באחריות נזיקית גם בגין העלאת הסרט. זאת, מאחר שהוא הציג את הסרט במרחב הציבורי, והיה יכול למנוע את המשך הצגתו באתר על ידי שליחת

62 שם, בפס' 63 לפסק הדין של השופט עמית.

63 ס' 7 לחוק איסור לשון הרע מפנה, בין היתר, לס' 12 לפקודת הנזיקין, הקובע כי "לענין פקודה זו, המשתתף עצמו, מסייע, מייצע או מפתח למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, **מרשה או מאשר** אותם, יהא חב עליהם" (ההדגשה הוספה).

64 עניין **בכרי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 71 לפסק הדין של השופט עמית (ההדגשה הוספה).

65 אולם גם לאי־אחריותו של בכרי יש השפעה, הפוכה בכיוונה, על גובה הפיצוי. ראו שם, בפס' 89 לפסק הדין של השופט עמית ("אין לראות את המערער כמי שביצע עוולה של פרסום לשון הרע בגין העלאת הסרט ליוטיוב, ואין להטיל עליו אחריות בשל כך. לקביעה זו השלכה על גובה הפיצוי שיש להשית על המערער").

66 שם, בפס' 97 לפסק הדין של השופט עמית.

מכתב דרישה מטעמו כבעל הזכויות בסרט.⁶⁷ ניתוק הקשר הסיבתי יכול להתרחש רק כאשר ההתערבות אינה צפויה כלל, ומצב הדברים שלפנינו אינו כזה.⁶⁸ לפיכך הותר השופט שטיין את הסעדים שפסק בית המשפט המחוזי על כנם (פיצוי בסך של 175,000 ש"ח בגין הנזק הכללי, צו מניעה קבוע האוסר את הקרנת הסרט ואת הפצתו בישראל, וכן צו בדבר החרמת עותקי הסרט).

השופט שטיין התייחס לחשש שהביע השופט עמית באשר לחשיפה אינסופית של מפרסמי לשון הרע לתביעות. הוא לא הקל ראש בחשש זה, אולם סבר כי ראיית לשון הרע כאירוע חד-פעמי אינה עולה בקנה אחד עם הדין הרצוי, מאחר שהיא חושפת את הנפגעים לפגיעה מתמשכת בכבודם ובשמם הטוב, ואינה מותירה למפיצי לשון הרע תמריץ לנקות את השיח הציבורי מהשמצות שהפיצו לאחר ששילמו פיצויים לנפגע.⁶⁹

השופט מינץ סבר כי בכרי אינו יכול לטעון כי אבדה לו השליטה בפרסום, מאחר שהוא לא ניסה כלל לפנות ליוטיוב כדי לבקש את הסרת הסרט.⁷⁰ מעבר לזה, "פרסומו של כל סרט בעידן הנוכחי בכל אמצעי דיגיטלי כולל בחובו את הציפייה הסבירה ואף המתבקשת כי הוא יתגלגל אל רשת האינטרנט ויזכה ל'פרסום' חוזר ונשנה ותהודה באופנים שונים".⁷¹ לפיכך, כאשר פרסום כולל לשון הרע, המפרסם המקורי אחראי לפרסומים חוזרים מאוחרים בשל צפיותם. כמו כן, בכרי פרסם את הסרט הכוזב לכלל מלכתחילה, בכוונת מכוון, כדי שיפורסם בראש כל חוצות.⁷² דעת הרוב מצאה לפיכך את בכרי אחראי לפרסום ביוטיוב.

(ג) הסעד

השופט עמית, אשר קיבל כאמור את ערעורו של בכרי בנוגע לאחריותו לפרסום ביוטיוב, מצא לנכון להפחית את הפיצוי ולהעמידו על 100,000 ש"ח. ביחס לצווים שנקבעו בבית המשפט המחוזי סבר השופט עמית כי יש לצמצם את גבולותיו של צו המניעה, מאחר שאפשר להפריד בין הקטע שבו מגנאג'י מופיע (ארבע שניות) ליתר הסרט (שאורכו חמישים דקות).⁷³ בנסיבות אלו הוא מצא לנכון לצמצם את צו המניעה האוסר לחלוטין

67 שם, בפס' 12 ו-69 לפסק הדין של השופט שטיין ("אחריותו של המערער לפרסום כאמור נובעת מהחיבור שבין מעשהו המקורי – הצבת סרט הכוזבים והצגתו במרחב הציבורי – למחדלו המתמשך אשר בא לידי ביטוי בהיעדר כל ניסיון מצדו להביא להסרת הסרט מהאתר. בהקשר זה יצוין כי המערער אפילו לא טרח לפנות לאחראי להצגת הסרט באתר ה-Youtube, או לבעלי האתר עצמם, בדרישה להסיר את הסרט מן האתר ולחדול מהצגתו").

68 שם, בפס' 20 לפסק הדין של השופט שטיין.

69 שם, בפס' 78 לפסק הדין של השופט שטיין.

70 שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט מינץ.

71 שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופט מינץ.

72 שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופט מינץ.

73 שם, בפס' 80 לפסק הדין של השופט עמית.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה אחריות לנזק? בעקבות ע"א 1726/21 בכרי נ' מגנאג'י

את הקרנת הסרט כולו, ולהגבילו להסרת הקטע בן ארבע השניות שבו מגנאג'י מופיע ולצו לאיסוף עותקי הסרט הקיימים.⁷⁴

השופט שטיין הותיר על כנם את הסעדים שנפסקו בבית המשפט המחוזי: במישור **הפיצוי** – 175,000 ש"ח; ובמישור **הצווים** – צו מניעה קבוע האוסר את הקרנת הסרט ואת הפצתו בישראל, וכן צו להחרמת עותקי הסרט בישראל. צווים אלו, לדברי השופט שטיין, הם בגדר "הצהרה חד-משמעית ובלתי מתפשרת בדבר שקריותן המוחלטת של ההאשמות שסרט הכוזבים של המערער תלה (בין היתר) במשיב..."⁷⁵

השופט מינץ הצטרף למסקנתו של השופט שטיין. את **הפיצוי** הוא הותיר על סך 175,000 ש"ח, וגם את **הצווים** הוא הותיר על כנם, ולא מצא לנכון להתערב בהיקפו של צו המניעה שעליו הורה בית המשפט המחוזי.⁷⁶

הערעור בשאלת הסעד נדחה לפיכך, והסעדים שנפסקו בבית המשפט המחוזי נותרו על כנם. בקשתו של בכרי לקיים דיון נוסף בעניינו נדחתה על ידי בית המשפט העליון.⁷⁷

טבלה 1: סיכום דעות השופטים בפסק הדין

עמית	שטיין	מינץ	
<u>לשון הרע</u> שאלת ההתיישנות וכלל הגילוי המאוחר לפי סעיף 8 לחוק ההתיישנות	כן מרוץ ההתיישנות לא נדחה מאחר שלא התקיים המבחן האובייקטיבי שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות.	כן מרוץ ההתיישנות לא נדחה מאחר שלא התקיים המבחן האובייקטיבי שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות.	
<u>האם מדובר בעוולה נמשכת?</u>	כן לא, אין מדובר בעוולה נמשכת. ארבע ההקרנות המאוחרות של הסרט (בשנים 2010–2012) הן פרסום חוזר, שבגינן עומדת לנפגע עילה עצמאית. תקופת ההתיישנות מתחילה ממועד ההקרנה הרביעית.	כן	

74 שם, בפס' 89 לפסק הדין של השופט עמית.

75 שם, בפס' 72 לפסק הדין של השופט שטיין.

76 שם, בפס' 12 ו-15–16 לפסק הדין של השופט מינץ.

77 דנ"א 105/23 בכרי נ' מגנאג'י (אר"ש 21.8.2023).

אחריות בגין העלאת ליוטיוב	עמית אין	שטיין יש	מינץ יש
סעד	יש להפחית את הפיצוי שנפסק בבית המשפט המחוזי, כי בכרי אינו אחראי להעלאת הסרט ליוטיוב את היקפו של צו המניעה הגורף יש לצמצם להסרת הקטע בסרט שבו מגנאג'י מופיע.	יש להותיר את הפיצוי וסעדי הציווי שנפסקו בבית המשפט המחוזי על כנם.	יש להותיר את הפיצוי וסעדי הציווי שנפסקו בבית המשפט המחוזי על כנם.

פרק ב: אחריות לנצח? קשירת הפסקתו של מרוץ ההתיישנות לניקוי המרחב הציבורי מעותקים של פרסומי לשון הרע

בפרק זה אטען כי דעת הרוב בפסק הדין שלפיה העילה היא עילה נמשכת בשל עותקים של הסרט שהיו נגישים לציבור החל בשנת הפרסום, וזאת אף שהסרט לא הוקרן ברציפות, היא מרחיקת לכת. קביעה זו אינה מאזנת כראוי בין השיקולים השונים שבבסיס התיישנותה של תביעה, ועלולה להביא לידי אחריות נזכית הלכה למעשה. קביעה זו אף אינה מאזנת כראוי בין הרציונלים השונים שבבסיס האחריות ללשון הרע (חופש הביטוי מזה וכבוד האדם מזה). הרשימה תציע כי בכוחו של הדין לאפשר דרכים אחרות להרתעה ולפיצוי תוך איזון ראוי בין הרציונלים שבבסיס ההתיישנות והאחריות לעוולת לשון הרע.

ההתיישנות נועדה ליצור איזון בין האינטרסים המנוגדים של התובע והנתבע הפוטנציאליים תוך שמירה על האינטרס של כלל הציבור.⁷⁸ ראשית, למוסד ההתיישנות יש השפעות חיוביות על **תובעים**. "מגבלות זמן על מימוש זכויות נטענות מתמרצות תובעים שלא לעכב את הגשת תביעתם ובכך יש כדי לסייע להם. בהיעדר מגבלות זמן קיים חשש כי תובעים או נציגיהם יעכבו את הליך מימוש הזכות... [באופן שיפגע] בסופו של דבר בתובעים עצמם"⁷⁹ וביכולת שלהם להוכיח את התביעה ולממש את זכותם לקבל את הסעד המבוקש.

שנית, ההתיישנות מאפשרת ל**נתבעים** להתגונן כראוי בהסתמך על ראיות ומסמכים

78 הרמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 339.

79 ישראל גלעד **התיישנות בדין האזרחי** 106 (2022).

רלוונטיים הנוגעים באירועי העבר.⁸⁰ עיכוב ניכר בהגשת תובענה עלול לגרום לכך שתתקבל תביעה נגד הנתבע שלא הייתה מתקבלת אילו הוגשה במועד, וזאת בשל שחיקת ראיות הנתבע.⁸¹ ההתיישנות אף מפחיתה עלויות במקרה של תביעות סרק סחטניות שאינן עתידות להצליח, ומאפשרת את סילוקן על הסף.⁸² היא אף מונעת קבלת תביעות בשל שינוי נורמות עד למועד התביעה, ומאפשרת דיון בתביעה לפי הנורמות שחלו בזמן המעשה.⁸³ ההתיישנות אף מאפשרת להסיר איומי תביעה בלתי מוגבלים בזמן מעל ראשם של נתבעים פוטנציאליים, אשר בלעדיה יידרשו להיות מוכנים תמיד לתביעות אלו. כך, ההתיישנות אף מונעת סיכול ציפיות לגיטימיות של הנתבעים לא להינתב באיחור.⁸⁴

שלישית, ההתיישנות מסייעת לקבוצת הנתבעים בכוח, אשר חשופים לאפשרות של תביעות נגדם ונושאים בכל הנטלים והעלויות הכרוכים בצפיית תביעות עתידיות ובהכנה אליהן בהעדר ודאות לגבי זהות התובע, מועד התביעה ועילתה.⁸⁵ כאשר לקבוצה זו, ההתיישנות מקטינה את העלויות של שמירת הראיות, של שמירת עתודות כספיות וביטוחים, ושל חוסר ודאות נוסף. בשנים האחרונות הדגיש בית המשפט העליון את שיקול הוודאות התקציבית כשיקול התומך בהתיישנות.⁸⁶ ההתיישנות פועלת להקטנת אי-ודאות, ומאפשרת לגורמים שונים, דוגמת חברות ביטוח, לכלכל את תקציביהן מבלי ליטול התחייבויות לזמן בלתי מוגדר וארוך טווח.

רביעית, ההתיישנות מקדמת את האינטרס הציבורי בכך שהיא מאפשרת לקדם סילוק על הסף של תביעות סחטניות, מקדמת הגינות בין תובעים ונתבעים, ומצמצמת את אי-הוודאות השוררת בחברה בכללותה במישור המשפטי.⁸⁷ היא אף מאפשרת שימור של סטטוס קוו חדש שנוצר, מאחר שבחלוף השנים, כאשר התובע אינו מאתגר את המציאות החדשה שנוצרה, זו נהפכת לעובדה קיימת ומוכרת. במצב זה, קבלת תביעה מאוחרת תפגע בסטטוס קוו החדש שנוצר.⁸⁸ שיקול ציבורי נוסף הוא ייעול עבודתה של מערכת המשפט על ידי יצירת חסם דיוני לתביעות היסטוריות שיש קשיים בבירורן והקצאה ראויה של משאבי המערכת.⁸⁹

מן העבר האחר ניצבת השאיפה להבטיח לכל אדם זכות גישה לערכאות לשם מימוש זכויותיו המהותיות, תוך הכרה בכך שלעיתים עיכובים בהגשת תביעות אינם בשליטת

80 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 62 ו-74-75.

81 גלעד, לעיל ה"ש 79, בעמ' 106.

82 שם, בעמ' 107.

83 שם.

84 שם.

85 שם, בעמ' 108.

86 שם, בעמ' 117.

87 שם, בעמ' 111-112.

88 שם, בעמ' 113.

89 שם, בעמ' 113. ראו גם פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 62 ו-74-75.

התובע.⁹⁰ זכות הגישה לערכאות אף הוכרה בפסיקה כזכות-על שיש לה מעמד חוקתי, ובשל כך היא שיקול מרכזי להגבלת ההתיישנות.⁹¹ איזון בין כל השיקולים האמורים מצוי בדיני ההתיישנות. תחילת תקופת ההתיישנות היא ביום שבו נוצרה התביעה.⁹² אולם כאשר האירוע מתמשך ויוצר כמה עילות תביעה, תתיישן כל עילה במועדה.⁹³ לפי דעת הרוב בעניין **בכרי**, עצם השארתם של עותקי הסרט (להבדיל מהקרנות הסרט) במרחב הציבורי יוצרת אירוע נמשך, אף שלא נעשתה כל פעולה נוספת ולא הופעל כל מאמץ יזום להביא לידי חשיפה נוספת של הסרט. האם ראוי לראות במחדל אי-ההסרה המשך של פעולת הפרסום? ד"ר אלעד פלד בחן שאלה זו בנוגע לאחריותו של המפרסם לפרסומי לשון הרע במרחב הדיגיטלי.⁹⁴ ככלל, דיני לשון הרע אינם מטילים אחריות בגין הימנעות מתיקון נזקים,⁹⁵ וצו החרמה לפי סעיף 9 לחוק איסור לשון הרע אינו הכרח המציאות.⁹⁶ במקרה של הסרט **ג'נין ג'נין** ניתן צו ההחרמה בבית המשפט המחוזי רק בשנת 2021, ולא ניתן צו מניעה זמני לפני הדיון בתביעת לשון הרע, שכן סעד זה ניתן במשורה.⁹⁷ האם ראוי לראות בפרסום הסרט מעשה נמשך אך ורק משום שעותקי הסרט נותרו נגישים? בסוגיה זו הדין משתנה בין שיטות משפט. במשפט האמריקני נוהג כלל הפרסום היחיד (single-publication rule), שלפיו כל אקט של פרסום יוצר עילת תביעה אחת ויחידה, הנולדת כאשר החומר הפוגעני הונגש לראשונה לאחרים. אל עילה זו מתמזגים עותקים נוספים של הפרסום שהופצו במועדים שונים וכן כל אירוע עוקב שבו נרכש הפרסום, נשמע או נקרא על ידי מאן דהוא, להבדיל מפעולות אקטיביות אחרות של

90 שם. ראו גם גלעד, לעיל ה"ש 79, בעמ' 117–118 (המפנה לע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769, 784 (2004)).

91 גלעד, לעיל ה"ש 79, בעמ' 123. לביקורת על המשקל שבתי המשפט נתנו לזכות זו ראו שם, בעמ' 128.

92 ס' 10 לחוק ההתיישנות.

93 ס' 9 לחוק ההתיישנות. ראו גם פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 63.

94 שם, בעמ' 64.

95 שם, בעמ' 65.

96 ס' 9 לחוק איסור לשון הרע קובע כי נוסף על כל עונש וסעד אחר, בית המשפט רשאי לצוות "על איסור הפצה של עותקי הפרסום המכיל את לשון הרע או על החרמתם; צו החרמה לפי פסקה זו כוחו יפה כלפי כל אדם שברשותו נמצאים עותקים כאלה לשם מכירה, הפצה או החסנה, גם אם אותו אדם לא היה צד למשפט; ציווה בית המשפט על החרמה, יורה מה ייעשה בעותקים שהוחזרו".

97 ראו גדרון וולובלסקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 129. ראו גם ע"א 214/89 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840 (1989). לביקורת על מצב זה ולהצעת הסדרים משפטיים שיביאו לידי ביטוי את יתרונותיהם של צווי העשה וימזערו את חסרונותיהם ראו אלעד פלד **צווי עשה בדיני לשון-הרע** 17–20 (2012) ("דומה כי מערך הסעדים בדיני לשון-הרע מונחה כיום על-ידי האקסיומה שלפיה המענה הרטרואקטיבי היחיד או הראשי ששיטת המשפט יכולה וצריכה ליתן לאדם בשל פגיעה בשמו הטוב הוא פיצוי כספי").

פרסום או מהעברתו למדיום חדש.⁹⁸ בעניין בכרי אימץ השופט עמית את הגישה הזו להתיישנות לשון הרע.⁹⁹

לעומת זאת, כלל אחר, שנהג בעבר במשפט האנגלי, הוא כלל הפרסומים המרובים (multiple-publication rule), שלפיו כל עותק של לשון הרע וכל העברה שלו לאחר מולידים עילה נפרדת, שיש לה תקופת התיישנות משל עצמה.¹⁰⁰ יצוין כי כיום כלל הפרסומים המרובים אינו חל עוד בבריטניה. חוק איסור לשון הרע האנגלי החדש משנת 2013,¹⁰¹ אשר ערך רפורמה בידי לשון הרע באנגליה, החליף את כלל הפרסומים המרובים בכלל הפרסום היחיד האמריקני. אולם לשינוי הדין באנגליה אין השפעה על הדין החל בעניין זה בישראל, אשר מעוגן בעקרונות המשפט המקובל ולמעשה מחיל את כלל הפרסומים המרובים.¹⁰² השופט שטיין בעניין בכרי החיל גישה זו והתייחס אליה כאל הדין המצוי.¹⁰³ השופט מינץ אימץ אף הוא גישה זו, בקובעו כי העוולה היא עוולה נמשכת.¹⁰⁴

לכלל הפרסום היחיד יש יתרונות רבים לעומת כלל הפרסומים המרובים. במישור של חופש הביטוי הוא מונע פגיעה לא מידתית בזכות זו,¹⁰⁵ מאחר שכל אקט של פרסום יוצר עילת תביעה אחת ויחידה. לעומת זאת, תחת כלל הפרסומים המרובים, כל עותק או העברה של לשון הרע יוצרים כאמור עילה נפרדת שיש לה תקופת התיישנות משלה, וגם הותרת הפרסום נגיש מובילה כשלעצמה להימשכות העוולה. במצב זה מפרסם פוטנציאלי – אשר יודע כי כל עוד עותקי הפרסום מצויים במרחב הציבורי הוא חשוף לאחריות נצחית, אף אם לא ביצע פעולה אקטיבית נוספת של פרסום – עלול להימנע מפרסום ביטויים שנויים במחלוקת, אף אם לגיטימיים. זאת, מאחר שהנטל של ניקוי המרחב הציבורי מהפרסומים עלול להוביל במצבים רבים לאפקט מצנן על ביטוי ולדיכוי דיון ביקורתי, אשר חשוב למימוש הדמוקרטיה. כתוצאה מכך כלל הפרסומים המרובים עלול לפגוע במגוון דעות ולהוביל לתלמיות (קונפורמיות).¹⁰⁶

98 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 76.

99 ראו עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 59 לפסק הדין של השופט שטיין ("...גישתו של חברי, השופט עמית, להתיישנותה של לשון הרע כעילת תביעה היא כגישת הדין האמריקני וחוק לשון הרע האנגלי, שכאמור אימצו לתוכם את 'כלל הפרסום היחיד'").

100 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 77.

101 Defamation Act 2013 c. 26, §§ 8(1)–(3) (Eng.). ראו עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 56 לפסק הדין של השופט שטיין.

102 שם, בפס' 60–61 לפסק הדין של השופט שטיין (זו למעשה דעת הרוב בפסק הדין).

103 שם, בפס' 60 לפסק הדין של השופט שטיין ("הדין המצוי אשר חל בנדרון דידן הוא כדין האנגלי הישן אשר מעוגן בעקרונות המשפט המקובל – קרי: כלל הפרסומים המרובים").

104 שם, בפס' 1–3 לפסק הדין של השופט מינץ.

105 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 81.

106 להרחבה בנושא הקשר בין אפקט מצנן לתלמיות ראו Jonathon W. Penney, *Understanding Chilling Effects*, 106 MINN. L. REV. 1451, 1488 (2022). אדם שיש לו ספק אם התנהגותו חוקית (או בדומה לזה, במקרה מושא רשימה זו, אדם שהתנהגותו חושפת אותו לנטל כבד של ניקוי המרחב

יתרון חשוב נוסף של כלל הפרסום היחיד הוא יעילות מנהלית וצמצום העלויות המנהליות הכרוכות בניהול התביעה. זאת, מאחר שתחת כלל הפרסומים המרובים יהיו עלויות בגין כל עותק של פרסום, ולא רק בגין עילה אחת ויחידה.¹⁰⁷ לבסוף, יתרון של כלל הפרסום היחיד, התוחם כל אקט של פרסום לעילה יחידה, הוא קידום הרציונלים שבבסיס ההתיישנות, מאחר שתביעה בגין פרסומים ישנים תחת כלל הפרסומים המרובים עלולה לפגוע ביכולתו של הנתבע להתגונן.¹⁰⁸

לעומת זאת, לכלל הפרסומים המרובים יש יתרונות במישור כבודו של הנפגע וזכותו לפרטיות. יתרונות אלו הם למעשה חסרונות של כלל הפרסום היחיד. אפשר לטעון כי כל עוד עותקי הפרסום (במקרה מושא דיוננו – הקלטות הסרט) מצויים במרחב הציבורי, הנפגע מופקר לצמיתות אל מול פרסום אשר משמין אותו ומעייב על כבודו ועל חייו המקצועיים והכלכליים.¹⁰⁹ במקרים אחרים עלולה להיפגע גם הזכות לפרטיות, לרבות פרטיות אינטימית. לדוגמה, כאשר מפורסם סרטון אינטימי ללא הסכמה ומופץ בהרחבה במרשתת, הפצה זו היא גם פגיעה בפרטיות וגם לשון הרע, מאחר שיש בהפצת הסרטון כדי להשפיל ולבזות את המצולמת.¹¹⁰

יתרון נוסף של כלל הפרסומים המרובים הוא שמירה על חופש הביטוי של הנפגע, אשר עלול להיפגע במידה רבה יותר תחת כלל הפרסום היחיד. מאחר שהחשיפה לעותקי הביטוי בזמן מאוחר יותר מנציחה את נזקי לשון הרע, הנזק לנפגע הוא הרבה יותר מאשר הפגיעה בכבוד, והאיזון צריך להיות גם בין ביטוי לביטוי (-speech) a "balance" (speech).¹¹¹ נגישות התוכן המכפיש מובילה לכך שנפגעי לשון הרע מאבדים מאמינותם, וכך פוחתת יכולתם להישמע.¹¹² הנפגע אף עלול להדיר את עצמו

הציבורי מכל עותק של הפרסום, לרבות עותקים הנמכרים בחנויות הנגישות לכלל, כדי למנוע מצב של אחריות נצחית) נמצא בא־ודאות. במצב זה הוא יימנע מלעשות מה שהיה רוצה, ויציית למה שנתפס בעיניו כנורמה. כך, הוא יימנע מפרסום פרסומים שאינם בקונסנזוס ומפרסום דעתו, כדי לא להפר נורמות, והדבר יוביל לתלמיות.

107 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 81.

108 שם. ראו גם עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 58 לפסק הדין של השופט שטיין.

109 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 83.

110 Danielle Keats Citron, *Presidential Privacy Violations*, 2022 U. ILL. L. REV. 1913, 1916;

Danielle Keats Citron, *Sexual Privacy*, 128 YALE L.J. 1870, 1918 (2019); Mary Anne

Franks, "Revenge Porn" Reform: A View from the Front Lines, 69 FLA. L. REV. 1251,

1261–1270 (2017); Zak Franklin, *Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to*

Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites, 102 CALIF.

L. REV. 1303 (2014).

111 Daniel E. Rauch, *Defamation as Democracy Tort*, 172 U. PA. L. REV. 1453, 1460 (2024).

112 שם, בעמ' 1460 ("To be defamed is to be discredited—meaning people will no longer listen to, follow, or support you. In a democracy, discredit becomes democratic disempowerment:

the loss of political efficacy in one's community").

מהשתתפות בפורומים מסוימים, מחשש להתקפות המוניות שיופנו כלפיו.¹¹³ כתוצאה מכך יפסיד הנפגע הזדמנויות עסקיות, חברתיות ואחרות.¹¹⁴ יתרה מזו, אותה הדרה עצמית של הנפגע מדיון ציבורי היא פגיעה בהשתתפות האזרחית שלו וביכולתו להביע קול. פגיעה זו עולה למעשה כדי פגיעה ברציונל הדמוקרטי לחופש הביטוי.¹¹⁵

קידום כבוד הנפגע, פרטיותו וחופש הביטוי שלו תחת כלל הפרסומים המרובים אף מקטין את פער הכוחות העצום שבין עיתון רב-תפוצה או תאגיד שידור לבין פרט שעל אודותיו פורסמו דברי השמצה, ובכך מגביר את השוויון.¹¹⁶

אפשר לטעון כי יש להבדיל בין הימצאות עותקים של הפרסום במרחב הציבורי לבין פרסום במרחב המקוון.¹¹⁷ כאשר מדובר בעותקי פרסום במרחב הציבורי מחוץ למרחב המקוון, אפשר לטעון כי ממילא השפעתם מתפוגגת עם הזמן והם נעשים קשים להשגה.¹¹⁸ כפי שתיארו גדרון וולובלסקי, עותקי הפרסום הם תוכן ישן "שהרלוונטיות שלו כבר מוצתה ברובה, ומבחינה ציבורית העוקץ שבו כבר התיישן במידה לא מבוטלת".¹¹⁹ לפיכך הפגיעה בחופש הביטוי של הנפגע הגלומה בהותרת הקלטות במרחב הציבורי, כל עוד לא נעשית הקרנה נוספת של הסרט, היא פחותה בהרבה, ופוטנציאל הנזק מהפרסום המיושן נמוך.¹²⁰

שונים פני הדברים כאשר להימצאות עותקים של הפרסום במרחב המקוון, שבו הפרסום זמין ונגיש לציבור הרחב, ויכול להתפשט במהירות ובתפוצה רחבה כ"אש בשדה קוצים".¹²¹ במקרה זה הפרסום אינו מתפוגג עם הזמן. אפשר לחפש ולאתר אותו בקלות באמצעות מנועי החיפוש, אשר שינו את מחזור החיים של המידע ואפשרו לאתר מידע גם שנים רבות לאחר שהופץ.¹²² כך, הזיכרון החברתי מופרט, ויש קושי גדול מאוד להביא לידי "שכחה" של מידע. גם לאחר שהתפוגג הדיון בביטוי במרחב הציבורי, התיעוד הדיגיטלי נותר, ומתאר מצב בנקודת זמן אחת ללא נקודת סיום, מה

113 ראו בהקשר משיק DANIELLE KEATS CITRON, THE FIGHT FOR PRIVACY: PROTECTING DIGNITY, IDENTITY, AND LOVE IN THE DIGITAL AGE 119–125 (2022) (להלן: CITRON, THE FIGHT FOR PRIVACY). ראו גם Rauch, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1529 (המתייחס להתקפות המוניות על נפגע ולהצפה של מידע אחר שיכול להשתיק את קולו של הנפגע).

114 DANIELLE KEATS CITRON, HATE CRIMES IN CYBERSPACE 195–199 (2014).

115 Rauch, לעיל ה"ש 111.

116 ראו עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 59 לפסק הדין של השופט שטיין.

117 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 83.

118 שם.

119 גדרון וולובלסקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 132.

120 שם.

121 עניין פלונית, לעיל ה"ש 8, בפס' 74 לפסק הדין של השופט סולברג.

122 שם.

שגורם לפגיעה לא מידתית בכבוד הנפגע, בחופש הביטוי שלו ובאוטונומיה שלו.¹²³ למעשה, בעקבות לשון הרע הנפגע נותר מבוש לנצח.

אנו נדרשים אפוא להביא לידי איזון ראוי בין אחריות נצחית של נתבעים בפועל ובכוח, שהיא התוצאה של אי-סיום מרוץ ההתיישנות כל אימת שקיים עותק דיבתי הנגיש לציבור,¹²⁴ לבין נזקים נצחיים לכבוד ולמוניטין, שהם התוצאה של נגישות הביטוי המשמין לכלל והאפשרות לאתרו בכל עת. בעניין בכרי לא שם בית המשפט העליון דגש מספיק באינטרסים של נתבעים בכוח בהקטנת העלויות של חשיפה אפשרית לאחריות משפטית, והמעט במשקלם של שיקולים התומכים בהתיישנות.¹²⁵ זאת, ככל הנראה, בשל נסיבות המקרה הפרטיקולרי, אשר עסק במקרה חמור של הכפשה קשה של חיילי צה"ל. כדי לערוך איזון טוב יותר בין השיקולים שבבסיס ההתיישנות והאחריות, רשימה זו תבחין בין ביטוי שפורסם מחוץ למרחב המקוון לבין ביטוי שפורסם במרחב המקוון.

טענת רשימה זו היא כי בשני המקרים של פרסום לשון הרע המפרסם אחראי בעוולת לשון הרע. אולם, כאשר הביטוי פורסם מחוץ למרחב המקוון, הסעד העיקרי הוא סעד הפיצוי, אשר יינתן בגין כל פרסום שהוא "לשון הרע אחרת" (כפי שיפורט בהמשך),¹²⁶ כך שבמקרים שבהם הפרסום התפוגג אבל הדיון בו חזר לחיים – לדוגמה, בעקבות הקרנה נוספת של סרט – ייפסק פיצוי נוסף.¹²⁷ אולם, כאשר לשון הרע פורסמה במרחב המקוון או הגיעה לשם בעקבות הפרסום מחוץ למרחב המקוון, יתאפשר סעד נוסף על סעד הפיצוי, והוא סעד של הסרה על ידי גורמי הביניים (מתווכי התוכן והחיפוש). כפי שהוצע בספרות,¹²⁸ בית המשפט יהיה רשאי לפסוק סעד זה גם לאחר חלוף תקופת ההתיישנות. נקודת האיזון בין אחריות נצחית לבין פגיעה נצחית במוניטין תתבטא אפוא גם באחריות של גורמים נוספים (גורמי הביניים), שהיא אחריות שילוּחית, וגם בסעדים שהנפגע יוכל לקבל.

כך, יש להתמודד עם הפגיעה בשני מסלולים: (1) סעד של פסיקת פיצוי בגין כל הקרנה נוספת של הסרט שאינה רציפה; (2) סעד של הסרה מהמרחב המקוון באמצעות

123 ראו לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 465–466. ראו גם ציטוט מהמאמר בעניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 47 לפסק הדין של השופט שטיין.

124 שם, בפס' 96 לפסק הדין של השופט עמית.

125 להמלצה לשים דגש בוודאות לנתבעים בפועל ראו גלעד, לעיל ה"ש 79, בעמ' 138.

126 עניין פלונית, לעיל ה"ש 8.

127 עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 52 לפסק הדין של השופט עמית ("בשונה ממצב שבו סרט מוקרן באופן רציף (כגון הצגה יומית או שבועית), כאשר חלפו שנים בין הקרנה להקרנה, תנאי הרציפות כלל לא מתקיים ואין בסיס לטענה כי מדובר בחלק מעוולה נמשכת (השוו לעניין פלונית) [לעיל ה"ש 8], שם חלפה כשנה בין הפרסום הראשון לשני, ונקבע כי אין מדובר ב'אותה לשון הרע' לצורך פסיקת פיצוי...). אכן, תוצאה זו מתחייבת על פי השכל הישר, שהרי קשה להלום כי ביצוע עוולה פעם אחת, יקנה למעוול 'רישיון' לשוב ולבצע כעבור מספר שנים ולהסתתר מאחורי טענת התיישנות" (ההדגשות במקור).

128 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9.

צווי בית משפט שיופנו כלפי גורמי הביניים. כאשר הביטוי מחוץ למרחב המקוון, המתווכים המקוונים אינם בתמונה, והסעד העיקרי הוא סעד הפיצוי מן המפרסם. כאשר הביטוי במרחב המקוון, הסעד העיקרי הוא למעשה סעד של הסרה, אשר הדרישה לו תופנה לגורמי הביניים שיצורפו לתביעה. סעד זה יוכל להינתן גם כאשר התביעה נגד המפרסם התיישנה וכבר אי-אפשר לתבוע ממנו סעד של פיצוי, כפי שיפורט להלן.

1. פיצוי נוסף בגין כל "לשון הרע אחרת"

כאשר פרט מפרסם לשון הרע, הוא אחראי לפיצוי הנפגע. אולם הטלת אחריות כל אימת שקיים עותק נגיש לציבור היא מרחיקת לכת, בפרט כאשר התוכן ישן והדיון בו כבר התפוגג. מאידך גיסא, כאשר נעשה ניסיון להחיות את הדיון באמצעות פרסום נוסף של אותו תוכן עוולתי, ולא מתקיימת רציפות על פני ממד הזמן, זו "לשון הרע אחרת", שבגינה ראוי לפסוק פיצוי נוסף. ככל שמשך הזמן שחלף בין הפרסומים ארוך יותר, ובפרט אם הם נעשו במסדות שונות ופנו לקהלים שונים, תתחזק הנטייה לראות בפרסומים השונים כמגבשים עילות תביעה נפרדות ולפסוק פיצוי נפרד לגביהם.¹²⁹ פיצוי זה יוביל להרתעת המפרסם מלהחיות את הדיון בפרסום דיבתי שהדיון בו כבר דעך והתפוגג,¹³⁰ ויוביל למימוש המטרה התרופתית בפיצוי הנפגע, אשר יוכל לקבל פיצוי על כל פרסום נוסף שאינו מקיים את תנאי הרציפות ואשר הקים לתחייה את הפרסום שהכתיים את שמו. נוסף על כך, פיצוי כאמור יקשה פגיעה אפשרית בדיון דמוקרטי שפרסום לשון הרע עלול להוביל אליה, ואף יגביר נורמות של הגינות בפרסום וירתיע מהפצת כזבים.¹³¹

חוק איסור לשון הרע קובע כי לא ייפסק כפל פיצוי ללא הוכחת נזק בשל "אותה לשון הרע".¹³² לפני כשנתיים, בעניין **פלונית**,¹³³ עסק בית המשפט העליון בהרחבה בשאלה מהי "אותה לשון הרע" ומהי "לשון הרע אחרת" בסוגיית הפיצוי ללא הוכחת נזק. הפרשה בפסק הדין עסקה בפרסומי לשון הרע על מרצה שפורסמו באותו עניין. בהרצאה בקורס "דיני נזיקין" התייחס המרצה לפסק דין שעסק בשאלה אם הכינוי הנפסד "פוסית" עולה כדי הטרדה מינית, וכן דן בשאלת האחריות הנזיקית בהקשר של ניתוחים קוסמטיים בגופן של נשים.¹³⁴ אחת הסטודנטיות בקורס חשה כי נפגעה

129 עניין **בכרי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 52 לפסק הדין של השופט עמית.

130 על חשיבות הפיצוי בדיני לשון הרע להרתעת המפרסם ראו Rauch, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1518 ("After all, a central premise of tort law is that economic penalties deter").

131 שם () "[D]amages, compensatory and punitive, serve vital purposes. Damages do deter. And when it comes to defamatory democratic disempowerment, deterrence, as we've seen, (serves a crucial free speech function".

132 ס' 7א(ד) לחוק איסור לשון הרע קובע: "לא יקבל אדם פיצוי ללא הוכחת נזק, לפי סעיף זה, בשל אותה לשון הרע, יותר מפעם אחת".

133 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 8.

134 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט סולברג.

מהתבטאויות המרצה, והגישה במוסד האקדמי תלויות שונות נגד המרצה.¹³⁵ כאשר אלה נדחו, פרסמה הסטודנטית פרסומים שונים בטענה להטרדה מינית מצד המרצה.¹³⁶ בבית משפט השלום נקבע כי שני פרסומים בלבד עולים כדי לשון הרע.¹³⁷ בערעור בבית המשפט המחוזי נפסק כי ארבעה מתוך כל הפרסומים עלו כדי לשון הרע.¹³⁸ פסק הדין בבית המשפט העליון עסק בשאלה אם אפשר לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק בגין כל אחד מארבעת הפרסומים או שמא יש לראותם כ"אותה לשון הרע". השופט סולברג הציג את השאלה מה משמעות המגבלה בסעיף 7א(ד) שלפיה לא יינתן פיצוי ללא הוכחת נזק בשל "אותה לשון הרע" יותר מפעם אחת. האם אפשר לקבל רק פיצוי אחד ללא תלות במספר הפרסומים או שמא כל פרסום הוא לשון הרע נפרדת? השופט סולברג עמד על שיקולי מדיניות בעניין זה, בעידן שבו "השינויים הטכנולוגיים מתחוללים כהרף עין, ומשנים את סדרי חיינו מן הקצה אל הקצה".¹³⁹ הוא עמד על נגישות הפרסום במרחב המקוון, התפשטותו המהירה והאפשרות לאתרו במנועי החיפוש. לנוכח נזקיהם של פרסומי לשון הרע ככלל, ובמיוחד בעידן הדיגיטלי, הוא שאל "איזה תמריץ יהיה למזיק שלא לחזור על הפרסומים הפוגעניים, פעם אחר פעם, בהעדר יכולת להביא בחשבון את מניין הפרסומים במסגרת המסלול הסטטוטורי".¹⁴⁰ מאידך גיסא עמד השופט סולברג גם על שיקולים מנוגדים, שאינם תומכים בפיצוי בגין כל פרסום: אפקט מצנן על חופש הביטוי, לרבות ביטוי לגיטימי שמבייש התנהגות שלילית ואוכף נורמות התנהגות;¹⁴¹ והחשש מתביעות השתקה, קרי, ממצב שבו צד חזק ינצל את כוחו הכלכלי לשם השתקת התבטאויות לגיטימיות באמצעות הגשת תביעה.¹⁴² השופט סולברג התווה מבחני עזר לקביעה מתי מדובר ב"אותה לשון הרע" ומתי מדובר ב"לשון הרע אחרת", כדי לקבוע את מספר הפעמים שבהן יינתן פיצוי: (1) תוכן הפרסום; (2) הזמן שחלף למן הפרסום המקורי; (3) זהות הנמענים והמסדת שבה הובע הביטוי הנוסף.¹⁴³ ביישום המבחנים על עובדות המקרה מצא השופט סולברג כי הפרסום הראשון היה שנה שלמה לפני הפרסומים האחרים והיה נפרד מהם כמעט לחלוטין, ובכך הניח משקל על ממד הזמן.¹⁴⁴ באשר לשני פרסומים אחרים הוא מצא כי הסמיכות

135 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט סולברג.

136 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט סולברג (הפרסומים כללו יותר מעשרים פרסומים בפייסבוק, חולצות עם כיתובים שונים ופרסומים באתרי חדשות במרשתת, בטלוויזיה וברדיו).

137 ראו שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט סולברג, המפנה לת"א (שלום ת"א) 2632-07-14 פלוני נ' פלונית (3.2.2019).

138 ע"א (מחוזי ת"א) 35127-03-19 פלוני נ' פלונית (נבו 23.3.2020).

139 עניין פלונית, לעיל ה"ש 8, בפס' 72 לפסק הדין של השופט סולברג.

140 שם, בפס' 75 לפסק הדין של השופט סולברג (ההדגשה במקור).

141 שם, בפס' 76 לפסק הדין של השופט סולברג (המצטט את לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 448-453).

142 שם, בפס' 77 לפסק הדין של השופט סולברג.

143 שם, בפס' 80-82 לפסק הדין של השופט סולברג.

144 שם, בפס' 91 לפסק הדין של השופט סולברג.

בפרסומם, הדמיון בתוכנם ופרסום שניהם בדף הפייסבוק של הסטודנטית מובילים למסקנה כי יש לראותם כפרסום אחד.¹⁴⁵ הפרסום הרביעי נעשה במדיום אחר – קבוצת פייסבוק, ולא בדף הפייסבוק של הסטודנטית – ולכן גם הוא פרסום נפרד בשל השוני בזהות הנמענים.¹⁴⁶ לפיכך קבע השופט סולברג כי באיזון הראוי יש לפסוק לטובת המרצה שלוש פעמים פיצוי ללא הוכחת נזק בגין שלושה פרסומי לשון הרע נפרדים זה מזה.

השופטת ברק-ארוז הסתפקה בשני המבחנים הראשונים, ללא המבחן של זהות הנמענים, שכן במבחן זה, לעמדתה, יש לעשות שימוש רק במקרים חריגים. לפיכך, לגישתה, יש לפסוק לטובת המרצה רק פעמיים פיצוי ללא הוכחת נזק.¹⁴⁷ השופטת וילנר הצטרפה לדעת השופט סולברג, לאחר שעמדה על נזקיהם של ביטויי לשון הרע, בעיקר במרחב המקוון,¹⁴⁸ וסברה כי יש לאמץ גם את המבחן השלישי במסגרת בחינת מספר הפעמים שבהן יינתן פיצוי (זהות הנמענים בראי במות הפרסום), מאחר שמספר הבמות ומאפייניהן משפיעים על הנזק הנגרם למושא הפרסום.¹⁴⁹ דעת הרוב אימצה אם כן את שלושת המבחנים.

אף שפסק הדין לא עסק בשאלת ההתיישנות, אלא התווה מבחנים לבחינת "לשון הרע אחרת" שבגינה ייפסק פיצוי נפרד, הקביעה כי אפשר לפסוק כפל פיצויים על פרסומים חוזרים מחזקת את גישתו של השופט עמית שלפיה הפרסום המקורי אינו עוולה נמשכת רק בגלל הימצאות של הקלטות הסרט במרחב הציבורי. יישום פסק הדין בעניין פלונית על עניינו מאפשר להשית על בכרי פיצוי נוסף בגין כל הקרנה נוספת של הסרט שאינה רציפה, לנוכח ממד הזמן והנמענים השונים של הפרסום, קרי, הקהל השונה מהקרנה להקרנה. כמו כן, אילו נעשה הפרסום החוזר של הסרט ביוטיוב על ידי בכרי עצמו (ולא על ידי צד שלישי שזהותו אינה ידועה), אף באותה עת שבה הוקרן הסרט, היה הדבר מאפשר לפסוק כי מדובר בפרסום נוסף, לנוכח הבמה השונה, נמעניה ומאפייניה. ההלכה המאפשרת לקבל פיצוי בגין פרסומים נוספים שעשה המפרסם מובילה להרתעה יעילה של מעוול מפני חזרה על לשון הרע שהוא עצמו פרסם בשינויים מסוימים, במועדים שונים או בבמות שונות. היא אף מקדמת מטרה תרופתית באפשרה מתן פיצוי נוסף לנפגע על כל ניסיון להקים לתחייה פרסומים ישנים. בכך היא מאזנת בין כבוד הנפגע לחופש הביטוי, ומובילה להימנעות מאחריות נצחית (שתתרחש תחת קביעה כי העוולה נמשכת) וכן מפגיעה נצחית בנפגע (אילו נפסק פיצוי יחיד בגין פרסום הסרט הדיכתי). מטרה נוספת שפיצוי על כל "לשון הרע אחרת" מקדם היא רחבה יותר מהצדדים לדיון עצמו: הפחתת הפגיעה בדיון הדמוקרטי והרתעה מהפצת כזבים.¹⁵⁰

145 שם.

146 שם.

147 שם, בפס' 39 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז.

148 שם, בפס' 6–7 לפסק הדין של השופטת וילנר.

149 שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופטת וילנר.

150 Rauch, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1453.

2. הסרה מהמרחב המקוון על ידי גורמי הביניים, אף לאחר שהסתיימה תקופת ההתיישנות – זכות להישכח תוצרת הארץ

במרחב הדיגיטלי לא ימנעו דיני הפיצויים את הימשכות הפגיעה בנפגע, אף אם יינתן פיצוי על כל "לשון הרע אחרת". בשל מאפייני הפרסום במרחב המקוון, כל אחד יכול לכתוב מה שהוא רוצה על מי שהוא רוצה, ללא בדיקת עובדות, ולהפיץ את דבריו לתפוצה רחבה בלחיצת כפתור.¹⁵¹ נוסף על כך, הביטוי אינו מתפוגג, שכן הוא ניתן לאיתור במנועי החיפוש בכל רגע נתון. מאפיינים אלו משנים כאמור את מחזור החיים של המידע, מגבירים את נגישותו, ומאפשרים להחיות את הדיון בו גם שנים לאחר שהופץ לראשונה.¹⁵² זאת, אף מחוץ להקשר המקורי, ואף במקרים שבהם בינתיים התבררו עובדות נוספות שיש בהן כדי לזרוע אור על התיאור בפרסום הראשוני ולהוביל למסקנה שביטוי שנראה נכון בשעתו הוא לשון הרע בנקודת זמן מאוחרת יותר.¹⁵³ לנוכח השוני בין ההשלכות של פרסום מקוון למרחב המקוון לבין ההשלכות של פרסום במרחב המקוון, כאשר הפרסום הוא במרחב המקוון ואפשר לאתרו בכל רגע נתון, אין די באחריות ישירה של המפרסם לפרסום ובסעד פיצוי המושת עליו בגין כל פרסום שהוא "לשון הרע אחרת", מאחר שהביטוי נגיש לכל וממשיך לגרום נזק. לפיכך ראוי לחשוב מחדש על סעד לנזקים דיגיטריים בעידן הדיגיטלי.¹⁵⁴ במקרים אלו, תטען הרשימה, הפתרון הוא להניח את המשקל על גורמי הביניים, שהם שחקנים נוספים במערך האחריות והסעדים.

אחריות של גורמי הביניים יכולה לנבוע מכמה מקורות, ולהיות מוסדרת תחת מודלים שונים לפי ההקשר של מעורבותם בפעילות המזיקה. משטר אחד להסדרת פעולתם יכול להיות משטר של שידול או סיוע ללשון הרע.¹⁵⁵ אחריות זו נתפסת כ"מעורבת", ומוטלת בשל תרומה להפרת דין. כך הדבר, לדוגמה, במקרה של אתרים היוצרים הקשר המעודד פרסום לשון הרע.¹⁵⁶ אולם משטר זה אינו הולם את מצבו של מתווך שרק אירח תכנים מזיקים מבלי לתרום תרומה משמעותית לביצוע העוולה. כאשר מעורבות המתווך מתמקדת בכך שהוא אפשר פרסום תוכן שנוצר על ידי צדדים שלישיים במסדת שבבעלותו, האחריות היא בגין עוולת הזולת, ואין מייחסים

151 להרחבה ראו לביא "שיתוף לשון הרע", לעיל ה"ש 7.

152 לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 465. ראו גם פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 90 (שעמד על פוטנציאל הפגיעה שאינו מוגבל בזמן במרחב המקוון).

153 לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 452. דוגמה לכך היא מצב שבו אדם מחזיק טלפון שנגנב מאחר אך מאוחר יותר מתברר שהוא רכש אותו מבלי לדעת שהוא נגנב. העובדות האמיתיות יכולות להתברר סמוך לפרסום, אולם בשלב מאוחר יותר חיפוש שמו במנועי החיפוש יתקשר עדיין עם גנבה. דוגמה אחרת היא ביטוי שאכן היה נכון בזמן פרסומו אולם אינו נכון עוד בזמן מאוחר יותר, כגון מקרה של חוב שנפרע.

154 שם, בעמ' 476–477.

155 על אחריות לשידול ראו לביא "משפיענים – היזהרו בפרסומיכם!", לעיל ה"ש 15.

156 להרחבה ראו Michal Lavi, *Evil Nudges*, 21 VAND. J. ENT. & TECH. L. 1 (2018).

למתווך את המעשה עצמו. לפיכך המשטר המתאים ביותר להסדרת אחריותו היא אחריות שילוחית לעוולת המפרסם (במקרה מושא דיונו – עוולת לשון הרע).¹⁵⁷ אחריות זו יכולה להיות מותאמת לעידן הדיגיטלי ותחומה למצבים של אי-הסרה, באמצעות "נמל מבטחים" שעמידה בתנאיו תגן על המתווך מפני אחריות משנית. זהו, לדוגמה, הדין האמריקני באשר לאחריות שילוחית להפרת זכויות יוצרים,¹⁵⁸ וכך הוצע גם בארץ בהצעת חוק מסחר אלקטרוני,¹⁵⁹ אשר לא השתכללה לכלל חוק אך בתי משפט רבים אימצו את סטנדרט המודעות בפועל שהותווה בה.¹⁶⁰ הטלת אחריות לאי-הסרה תחת המסגרת של אחריות שילוחית ותוך אימוץ "נמל מבטחים" כאמור תגדיל את הוודאות המשפטית, ותקדם שיקולי צדק והגינות בהקשר של מתווך שמאפשר העלאת תכנים במסדת שבבעלותו, מאחר שתרומו של המתווך לקרות הנזק עקיפה ומשנית.

מקור אפשרי נוסף לאחריות המתווך הוא עוולת הרשלנות. עוולה זו היא בעלת רקמה פתוחה, ומצריכה פרשנות וקביעה של גבולות חובות זהירות של המתווך וסבירות התנהלותו, קיום יסודותיה של הפרת החובה והנזק.¹⁶¹ אחריות לעוולה זו היא אחריות ישירה, ומתאימה למקרים שבהם המתווך התרשל – לדוגמה, כאשר המתווך עיצב מסדת או יישומון בעיצוב רשלני שעודד העדר זהירות של משתמשים וכתוצאה מכך נגרם נזק,¹⁶² או כאשר הוא לא הזהיר מפני הסכנות הטמונות בשימוש של ילדים במסדת שבבעלותו.¹⁶³ או הפיץ תכנים לא הולמים לילדים ישירות באמצעות האלגוריתם.¹⁶⁴ אולם מסגרת של אחריות ישירה מתאימה לטעמי פחות ממסגרת של

157 לעניין אחריות למעשה הזולת ראו הרמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 207 ("מייחסים לנתבע את האחריות בגין עוולת זולתו, ולא את המעשה עצמו").

158 Digital Millennium Copyright Act (DMCA), 17 U.S.C. § 512 (2006). ראו גם לביא **אחריות מתוכי תוכן לעוולות ביטוי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 165.

159 ראו ס' 10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 322 (להלן: הצעת חוק מסחר אלקטרוני (2008)). ההצעה הוגשה שנית שלוש שנים לאחר מכן. ראו הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשע"א-2011, פ/3418/18 (להלן: הצעת חוק מסחר אלקטרוני (2011)).

160 לביא **אחריות מתוכי תוכן לעוולות ביטוי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 163.

161 שם, בעמ' 191 (בעניין פרשנותה של עוולת הרשלנות עלתה השאלה בספרות ובפסיקה אם למתוכי התוכן יש חובת זהירות להסיר תגובות פוגעניות ומתי. האם המסקנה כי המתווך התרשל מתגבשת רק כאשר המתווך לא הסיר תכנים פוגעניים בעקבות הודעה והתברר שהם לשון הרע או שמא די במודעות, אף אם לא התקבלה הודעה בפועל על תכנים מזיקים, ומה דרגת המודעות הנדרשת? האם די בהסרה לפטור מאחריות או שמא על המתווך לנקוט אמצעי זהירות למניעת העלאת תכנים פוגעניים? הפסיקה פירשה את גבולותיה של חובת הזהירות באופן לא עקיב).

162 ראו, לדוגמה, Maynard v. Snapchat, Inc., 313 Ga. 533, 870 S.E.2d 739 (2022). להרחבה על הטלת אחריות בעוולת הרשלנות בגין עיצוב רשלני (בהקשר של העדר זהירות כלפי ילדים) ראו Lavi, Liability for Algorithmic Recommendations, לעיל ה"ש 19.

163 להרחבה בדבר "החובה להזהיר", ובדבר האפשרות להטיל אחריות בעוולת הרשלנות בגין הפרת החובה, ראו Nancy S. Kim, Beyond Section 230 Liability for Facebook, 96 ST. JOHN'S L. REV. 353, 362 (2022).

164 Lavi, Liability for Algorithmic Recommendations, לעיל ה"ש 19.

אחריות שילוחית ו"נמל מבטחים" במצבים שבהם אחריות המתווך משנית וקשורה בטבורה לאחריות הישירה של מפרסם התכנים. מסגרת של רשלנות אף תוביל לעמימות ולהפחתת ודאות לתובעים ונתבעים בכוח ובפועל. לדוגמה, תחת עוולת הרשלנות עולה השאלה אם אפשר תמיד לטעון שקבלת הודעה על תוכן מפר ואי-הסרתו היא פעולה לא סבירה בעידן של "free speech at scale", אשר מתמקד פחות בפרט המפרסם ויותר בניהול תוכן מרושת ובהסדרת תוכן הוגנת במהירות על גבי רשת בקנה מידה גדול.¹⁶⁵ שאלה זו היא שאלה ערכית, ונראה שההכרעה בה לא תהיה עקיבה. גם שאלת הקשר הסיבתי במקרה זה מורכבת יותר. המתווך לא פרסם תוכני לשון הרע, וקביעה כי אי-קטיעת העוולה מקיימת קשר סיבתי לנזק אינטואיטיבית פחות.

אולם השימוש שבתי המשפט עושים בעוולת הרשלנות מתרחב, והיא מהווה תחליף לעוולות פרטיקולריות¹⁶⁶ ונראה שאף לסוגי אחריות אחרים. לדוגמה, בעניין *Premier League*,¹⁶⁷ אשר עסק בנושא משיק של מקורות אחריותו של מתווך להפרת זכויות יוצרים, התייחס בית המשפט גם לסוגיה של חשיפת פרטי גולשים מעוולים ולמקורות אחריותו של המתווך להפרה תורמת. לעניין זה הציע השופט הנדל כי נוסף על אחריות עקיפה, אחריות המתווך יכולה לנבוע גם מכוח עוולת הרשלנות. לגישתו, בשל הספקת שירות שאפשר את ההפרה נוצרה זיקה בין המתווך לבעל זכויות היוצרים, אשר מולידה חובת זהירות. אולם השופט הנדל ציין כי היקף האחריות מוגבל. האחריות אינה להפרת זכויות היוצרים עצמה, אלא היא מעין אחריות עקיפה של מי שאינו מסייע בקטיעת התמשכותה של פעילות פוגענית בדיעבד.¹⁶⁸ כך למעשה הרחיב השופט הנדל את גבולותיה של האחריות לעוולת הרשלנות אל מחדל שהאחריות לו היא עקיפה במהותה. פרופ' אסף יעקב הצביע על מגמה של צמצום דיני הנזיקין לדיני הרשלנות, על דרך מתיחת כנפיה של עוולת הרשלנות כמטרייה נורמטיבית שמשתרעת על כל דיני הנזיקין. יעקב ביקר מגמה זו, וטבע את הביטוי "שתלטנות הרשלנות".¹⁶⁹ לדבריו, גישה זו הובילה לצמצום העוולות הפרטיקולריות, והרחיבה את דיני הנזיקין גם למעשים מכוונים. נראה כי מגמה זו של הרחבת עוולת הרשלנות, שאותה ביקר יעקב, באה לידי ביטוי לא רק בצמצום העוולות הפרטיקולריות, אלא שבתי המשפט הרחיבו את עוולת

Margot E. Kaminski & Meg Leta Jones, *Constructing AI Speech*, 133 YALE L.J. F. 1212, 165 1243 (2024): "[S]peech-at-scale construction focuses less on individual speakers and more on the problems of fairly moderating quickly distributed networked content at scale".

166 ראו אסף יעקב "שתלטנות הרשלנות" משפטים מז' 227 (2018).

167 ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פ"ד סה(3) 521, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל (2012) (להלן: עניין *Premier League*).

168 שם: "יש לשים את ליבנו לכך שחובת זהירות זו אינה מטילה על הספקיות אחריות ישירה להפרה עצמה כשם אחריותו של פלוני, אלא היא מהווה סוג של אחריות עקיפה המוטלת על מי שאינו מסייע בקטיעת התמשכותה של פעילות פוגענית בדיעבד על ידי חשיפת המעוולים".

169 ראו יעקב, לעיל ה"ש 166, בעמ' 229–230 (אשר הביע ביקורת על כך שמגמה זו של שתלטנות הרשלנות משטחה זכויות של נפגעים ומתעלמת מחלק חשוב של האינטרסים שדיני הנזיקין נועדו להגן עליהם).

הרשלנות וראו בה תחליף לסוגי אחריות אחרים, כגון אחריות שילוחית ואחריות תורמת.¹⁷⁰ אסכם אפוא כי גם עוולת הרשלנות יכולה להיות מקור לאחריות מתווכ במקרה של מתווך שמארח תכנים של צדדים שלישיים, שאז האחריות היא שילוחית במהותה. השימוש בעוולה זו מטשטש למעשה את הגבולות בין אחריות עקיפה במהותה לאחריות ישירה, ויוצר עמימות באשר להיקף האחריות. אולם מאחר שהצעות החקיקה לעניין אחריות מתווכים לתכנים של צדדים שלישיים – שאליהן אתייחס בהמשך¹⁷¹ – לא השתכללו לכלל חוק,¹⁷² לעת עתה נעשה בפועל שימוש בעוולת הרשלנות, ובפרשנות המתאימה הוא יכול להוביל לאותו היקף אחריות כמו שימוש במשטר של אחריות שילוחית עם "נמל מבטחים".

הרשימה תטען אפוא בחלק שלפנינו כי ראוי לאפשר סעד של הסרת התכנים על ידי גורמי הביניים – מתווכי התוכן והחיפוש – נוסף על סעד הפיצוי מהמפרסם, וזאת לא רק כאשר טרם חלפה תקופת ההתיישנות, אלא גם לאחריה.

(א) מודל פלורליסטי שכולל הסרה על ידי גורמי הביניים

מודל אחריות מסורתי (old-school) של פרסום לשון הרע כולל שני שחקנים – התובע ומפר הדין.¹⁷³ זהו מודל דיאדי. מודל זה התאים לעולם ישן יותר, שבו התקיים מיעוט של שחקנים, אולם במאה העשרים ואחת השתנה העולם לכוזה הכולל מספר רב של שחקנים ומודלים מורכבים של פעילות. עובדה זו הולידה את הצורך במודל פלורליסטי שכולל חברות העומדות במרכז הכלכלה ומספקות תשתית שמאפשרת פעילות חוקית ובלתי חוקית כאחת. מתווי המדיניות רתמו את גורמי הביניים לדיני האחריות והאסדרה, מאחר שחברות אלו מספקות תשתית לעוולות אזרחיות ולעברות פליליות, אף אם מבלי שהן רצו בכך או ידעו על קיומן. פרופ' בלקין (Balkin) תיאר אכיפה זו כ"אסדרה מהאסכולה החדשה" (the new-school regulation).¹⁷⁴ במאמרו התמקד בלקין בתפקידו של מודל זה באסדרת ביטוי שמתפרסם במסדות מקוונות שמארחות תוכני משתמשים (ספקי תוכן) ואפילו במנועי חיפוש. התשתית שמספקות החברות האחריות למסדות ולמנועי החיפוש מאפשרת אכיפה של הפרות דין. כך, אפשר לראות את המודל החדש כמשולש של שחקנים: המדינה, מפר הדין והתשתית, אשר משמשת שומר סף. הטלת

170 ראו עניין Premier League, לעיל ה"ש 167, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

171 ראו פרק ג להלן.

172 ראו ס' 10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני (2008).

173 Jack M. Balkin, *Free Speech Is a Triangle*, 118 COLUM. L. REV. 2011, 2014 (2018).

174 Jack M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 HARV. L. REV. 2296, 2297–2299 (2014); Jack M. Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment*, 70 UCLA L. REV. 1206, 1213 (2023). בלקין התמקד בתפקידו של מודל זה באסדרת ביטוי, והסביר כי מדינות עושות מאמצים להסדיר את המרשתת, לשתף פעולה עם שחקנים מרכזיים בעיצובה ולעיתים אף לכפות שינויים בה, כדי לקבל תשתית למעקב אחר ביטוי, לשיטור שלו ולשליטה בו. להרחבה ראו הדר ז'בוטינסקי ומיכל לביא "חשיפת זהות משתמשי מטבעות אלקטרוניים" **מחקרי רגולציה** ח 147, 207 (2024).

חובות על גורמי הביניים תיצור תמריץ חזק לאותם גורמים להביא לידי צמצום נזקיהן של עברות ועוולות, מאחר שגורמים אלו הם בעמדה הטובה ביותר לפעול לאסדרת התחום, ואף הוגדרו בספרות כמושלים בביטוי המקוון.¹⁷⁵ כאשר קיימים אתגרי אכיפה וסעד כלפי המפרסם שאחראי ישירות לפרסום, גורמי הביניים יכולים לכל הפחות להקטין את נזקיו של אותו ביטוי.

לא תמיד הסרת התכנים יכולה להיעשות על ידי המפרסם עצמו, אשר מפרסם את הדברים במסדות של צד שלישי. אמת, יש מסדות, דוגמת פייסבוק (מטא), המאפשרות למפרסם למחוק את פרסומיו, על שיתופיהם.¹⁷⁶ אולם לא כך הם פני הדברים בהכרח במסדות אחרות. לפיכך אין זה יעיל לאפשר תביעה נגד המפרסם לאחר שחלפה תקופת ההתיישנות, מאחר שתביעה זו תוביל למבוי סתום. את סעד הפיצוי אי־אפשר לקבל בשל החסם הדיוני, ואת סעד ההסרה אי־אפשר לקבל גם בשל חסם דיוני לתביעת המפרסם וגם בשל חסם טכנולוגי להסרה. יתרה מזו, לתביעת המפרסם לאחר תקופת ההתיישנות יש עלויות מנהליות, והחשש מהיחשפות לתביעה לנצח עלול להשתיק פרטים מלפרסם תכנים לגיטימיים שאינם דיכתיים, ולמעשה להוביל לצינון ביטוי. התמקדות במפרסם לאחר תקופת ההתיישנות, גם אם הסעד כלפיו יהיה מוגבל להסרה, עומדת בניגוד לרציונל להתיישנות, ותפגע בנתבעים בפועל ובכוח, אשר יאלצו לשמור תקציבים כדי להתגונן מפני תביעות עתידיות. כפי שארחיב בפרק הבא, גורמי הביניים (מתווכי התוכן והחיפוש) הם המונע היעיל של המשכיות נזקי הפרסום במרחב המקוון, מאחר שביכולתם להסיר את התכנים ואף לפתח מנגנונים להסרה יעילה. לפיכך מוצע לאמץ הצעה שהוצעה בספרות שלפיה גורמי הביניים יצורפו לתביעת לשון הרע,¹⁷⁷ וצירוף זה יאפשר לבתי המשפט להפנות כלפיהם צו הסרה, גם כאשר התברר כי קיים חסם דיוני לתביעת המפרסם והתביעה נגדו נדחת על הסף.

הסדר שיתווה הליך למתן צווי עשה לגורמי ביניים יביא לידי איזון בין כבוד הנפגע ושמיו הטוב לבין חופש הביטוי, גם בחלוף תקופת ההתיישנות. הסדר זה מאפשר למעשה לממש את הזכות להישכח באשר לתוכני לשון הרע, והוא יעיל במיוחד במקרים שבהם חלפה תקופת ההתיישנות לתביעת המפרסם.

ד"ר אלעד פלד הציע לראשונה הצעה לסעד של ציווי המתווכים, ולפיה אם הפרסום במרחב המקוון, אזי בחלוף תקופת ההתיישנות מהעלאת התכנים לרשת יהיה אפשר לעתור רק לצו שיורה על הסרת הפרסום – כולו או חלקו.¹⁷⁸ השימוש בסעד של ציווי כלפי גורמי הביניים מאזן בין הרצון להגן על התובע ולמנוע פגיעה נצחית בו לבין

Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598, 1603 (2018) ("[P]latforms should be thought of as operating as the New Governors of online speech").

176 ראו לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7.

177 Maayan Perel, *Enjoining Non-Liable Platforms*, 34 HARV. J.L. & TECH. 1, 30–41 (2020).

178 פלד "עוולות מקוונות", לעיל ה"ש 9.

השאיפה להימנע מפגיעה לא מידתית בנחבע ובחופש הביטוי שלו ולמנוע אחריות נזחית.

(ב) חובות הסרה בדין ובפסיקה – בין הזכות להישכח לנוהל "הודעה והסרה"
חובות מתווכים להסרה ואחריות שילוחית בגין אי-הסרה כבר הוכרו בספרות, בפסיקה ובחקיקה בארץ ובעולם. מקור אחד לחובה ולסעד המופנה כלפי המתווכים הוא הזכות להישכח, אשר קיימת באיחוד האירופי ומאפשרת הסרה גם של תכנים אשר אינם לשון הרע אך אינם רלוונטיים.¹⁷⁹ כפי שנראה בהמשך, הזכות להישכח מוצאת את ביטוייה גם בפסיקה בישראל, והיו בתי משפט שהכירו בה, אם כי בהיקף המוגבל להסרת תכנים שהם לשון הרע, ואף הכירו בחשיבותו של ממד הזמן בהקשר של עוולת לשון הרע.
הדין באיחוד האירופי החיל חובות נרחבות על המעבדים מידע אישי, אשר חלות על כל "שולט במידע אישי" שנמצא במדינות האיחוד.¹⁸⁰ עיקרון מרכזי בדירקטיבה הוא שמידע אישי שנאסף חייב להיות מדויק ולהישאר מעודכן.¹⁸¹ כל מושא מידע זכאי לבקש מה"שולט במידע" תיקון, מחיקה או חסימה של מידע שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדירקטיבה.¹⁸² כאשר נחקקה הדירקטיבה להגנת מידע, הייתה המרשתת בחיתוליה, והפרט התקשה למצוא בה מידע רלוונטי. כיום בררת המחדל היא שתוכן נותר במרשתת מרגע פרסומו אלא אם כן מסירים אותו. מצב זה אינו תואם את הדירקטיבה להגנת מידע, שלפיה יש להגביל שמירת מידע שמושאו ניתן לזיהוי.¹⁸³
ההתנגשות בין הטכנולוגיה המאפשרת לאסוף ולאחסן מידע לבין הדירקטיבה עמדה במוקד פסק הדין *Google Spain*.¹⁸⁴ באותו עניין הפרה המשכיות הצגתה של כתבה ישנה במרשתת את הזכות לפרטיות של התובע, מאחר שהמידע בכתבה לא היה רלוונטי עוד, ואף על פי כן הופיע קישור אליה בתוצאות חיפוש שמו של התובע במרשתת. בית הדין האירופי לצדק קבע כי מנוע החיפוש עושה פעולה של עיבוד מידע אישי, וקיבל את טענת התובע כי הזכות להגנת מידע כוללת גם זכות להישכח. לפיכך הורה בית הדין

179 Council Directive 95/46(EC) of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, 1995 O.J. (L 281) 31 (להלן: הדירקטיבה להגנת מידע).

180 שם, בפס' 2.

181 שם, בפס' 6(1).

182 שם, בפס' 12.

183 Edward Lee, *Recognizing Rights in Real Time: The Role of Google in the EU Right to Be Forgotten*, 49 U.C. DAVIS L. REV. 1017, 1029 (2016); Miquel Peguera, *The Shaky Ground of the Right to Be Delisted*, 18 VAND. J. ENT. & TECH. L. 507, 522 (2016) ; לביא "ביוש לנזח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 467.

184 Case C-131/12, *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, 6–7 (May 13, 2014) (ECLI:EU:C:2014:317) (להלן: *Google Spain*). להרחבה על פסק הדין ראו לביא "ביוש לנזח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 467.

למנוע החיפוש להסיר את הקישור לכתבה מרשימת התוצאות שהוצגו בעקבות חיפוש שנעשה על בסיס שם התובע, אף שהמידע – שפורסם כדין – נותר במרשתת. פסק הדין בעניין *Google Spain* מתייחס רק להסרת קישורים (the right to be delisted), ואינו מטיל חובה למחוק בצורה מוחלטת את המידע שעדיין נמצא במרשתת.¹⁸⁵ אולם ההסדרה החדשה באיחוד האירופי (GDPR) יכולה להכפיף את ה"שולטים במידע" לחובה רחבה יותר,¹⁸⁶ ולכאורה היא יכולה לחול גם על אתרי המרשתת,¹⁸⁷ ולא רק על מנועי החיפוש. זו דוגמה להסדרה מדינתית מכוונת של התשתית הדיגיטלית הרוחמת אותה לפעול כבירוקרטית אשר תאסדר את הביטוי של המשתמשים ותצמצם את נזקיו.¹⁸⁸

הזכות להישכח אומצה לאחרונה אף בבית המשפט הפדרלי לערעורים בקנדה.¹⁸⁹ באותו מקרה טען אדם כי מידע לא מעודכן ולא מדויק שפורסם על אודותיו במאמר עיתונאי נמצא במנועי החיפוש וגורם לו נזקים כבדים, לרבות תקיפות פיזיות, הפליה והכתמה חברתית, ודרש להסיר את המידע מהתוצאות של מנוע החיפוש. נציב הפרטיות ביקש מבית המשפט הפדרלי להתייחס לתלונה תחת החוק הקנדי למסמכים אלקטרוניים ולהגנת מידע אישי.¹⁹⁰ גוגל טענה כי היא פעלה כמתווכת בין המפרסמים לקהל שלהם, בדומה לספריות, ואם מתווכים לא יוכלו בפטור שהחוק מקנה לעיתונות, יתרוקן הפטור מתוכן, מאחר שלמנועי החיפוש יש תפקיד חשוב בהפצת חדשות. בית המשפט הפדרלי לערעורים בקנדה קבע כי מנוע החיפוש של גוגל כפוף לחוקי הפרטיות הפדרליים, ואינו חוסה בפטור שניתן בחוק הפדרלי לעבודה עיתונאית או אומנותית. זאת, מאחר שמנוע החיפוש אינו אוסף או מגלה מידע אישי ומשתמש בו למטרה עיתונאית, ואף אם הוא עושה כן, הוא אינו עושה זאת במיוחד למטרה זו. פסיקה זו פותחת פתח לדרישות של פרטים להביא לידי כך שלא יוכלו למצוא אותם במנועי החיפוש.¹⁹¹

בישראל הזכות להישכח לא הוסדרה בחקיקה מפורשת, אולם כפי שאראה בהמשך, היא מוצאת את ביטוייה בפסיקת בתי המשפט בהקשר של **הסרת תוכני לשון הרע**, והיו

185 שם, בעמ' 469.

186 הסדרה זו נכנסה לתוקף במאי 2018. ראו Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 2016 O.J. (L 119) 1 (GDPR).

187 לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 469.

188 ראו Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 1212.

189 *Google LLC v. Canada Privacy Commissioner*, [2023] F.C.A. 200 (Can. Ont. C.A.).

190 *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c 5 (Can.).

191 Mathew Ingram, *The EU's Right to Be Forgotten Is Migrating to Other Countries*, COLUM. JOURNALISM REV. (Oct. 5, 2023), <https://did.li/UusZH>; Sean Fine, *Federal Court of Appeal Ruling Opens Door for Canadians to Have 'Right to Be Forgotten' on Google*, GLOBE & MAIL (Oct. 1, 2023), <https://did.li/JxtZH>.

אף בתי משפט שהכירו בה. הזכות להישכח מוצאת את ביטויה גם בהצעות חוק. לעניין זה הוגשו כמה הצעות חוק שמטרתן להסיר תכנים פוגעניים.¹⁹² הצעה מרכזית בעניין זה היא הצעת חוק מסחר אלקטרוני, אשר התייחסה לאתרי המרשתת (ספקי אירוח) ולספקי אחסון וגישה (ISP).¹⁹³ במסגרתה אומצה גרסה של משטר "הודעה והסרה", שלפיה מתווך ייהנה מפטור מאחריות אם יעמוד בחובותיו לטפל בתלונות על תכנים פוגעניים במסדת שלו. המתווך לא יחויב להפעיל סינון אוטומטי של תכנים מזיקים. עם זאת, אם מתווך לא טיפל בתלונה לאחר שקיבל הודעה עליה, הוא יישא באחריות אם יתברר שהתכנים הם לשון הרע. בתי משפט רבים אימצו את נוהל "הודעה והסרה" ופטרו את המתווך מאחריות אם הסיר את התכנים לאחר קבלת ההודעה על אודותיהם.¹⁹⁴ נוהל זה אף בא לידי ביטוי לאחרונה ברוח לבחינת אסדרה של תוכן המופץ במסדות דיגיטליות.¹⁹⁵ בפסיקה השתרשה פרקטיקה של יישום נוהל "הודעה והסרה" גם באשר למנועי החיפוש. אף שמנועי החיפוש לא נכללו מפורשות בהצעות החקיקה, זו הגישה הרווחת בפסיקה, ורוב בתי המשפט יישמו אותה.¹⁹⁶

192 לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 472.

193 ראו ס' 10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני (2008). ההצעה הוגשה שנית שלוש שנים לאחר מכן אך לא השתכללה לכלל חקיקה מחייבת. ראו הצעת חוק מסחר אלקטרוני (2011). להרחבה בדבר נוהל זה ראו מיכל לביא "מהודעה והסרה לחובת סינון תכנים? בעקבות פס"ד של בית הדין האירופי לצדק בעניין פיסוק" JOKOPOST (6.11.2019) <http://jokopost.com/law/22448/> (להלן: לביא "חובת סינון תכנים?"); לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 472.

194 ע"א סביר, לעיל ה"ש 14 (שם הושתו פיצויים על מנוע חיפוש שלא ציית לנוהל "הודעה והסרה" ולא הסיר קישור אף שאי-הנכונות הייתה ברורה על פני הדברים); ת"א (מחוזי מר') 567-08-09 א.ל.ג.ס **אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטרנט בע"מ** (אר"ש 8.8.2011); ת"א (שלום ת"א) 54582-05-18 **זיידלר גרנות נ' פייסבוק ישראל**, פס' 31 (אר"ש 6.4.2021). להרחבה ראו לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 472. אולם מוקדם יותר, בעניין ת"א (שלום ת"א) 12773/08 **לביב נ' גוגל ישראל בע"מ**, פס' 12 (אר"ש 22.10.2009), הבחינה השופטת אביגיל כהן בין מנועי חיפוש לאתרי מרשתת, ולא החילה את מנגנון "הודעה והסרה" על מנועי חיפוש. שם, בפס' 10.2, היא הסבירה כי מנוע החיפוש פועל באופן אוטומטי, אין לו מודעות לתכנים ואי-אפשר להטיל עליו אחריות בגין עוולות הנובעות מהם, וכאשר האתר המפרסם מסיר את התוכן, מוסר אותו תוכן גם מתוצאות מנוע החיפוש. יצוין כי פסק הדין בעניין **לביב** ניתן לפני פסקי הדין שאימצו את מנגנון "הודעה והסרה" גם באשר למנועי החיפוש. נראה כי מאז כבר השתרש אימוצו של מנגנון זה בפסיקת בתי המשפט, בהשפעת הפסיקה באירופה בעניין הזכות להישכח. ראו עניין *Google Spain*, לעיל ה"ש 184.

195 הצוות המייעץ לשר התקשורת לבחינת האסדרה על פלטפורמות דיגיטליות **דוח המלצות הוועדה** (2022) <https://did.li/eS65q>. הוועדה המליצה להטיל על מסדות דיגיטליות לטפל בתכנים אסורים שהם עברה פלילית או עוולה אזרחית לפי הדין בישראל, ולהטיל אחריות משפטית על מפעילי המסדות ביחס לתכנים בלתי חוקיים שהובאו לידיעתם, במטרה ליצור תמריץ לטפל בתכנים פוגעניים. זאת, באמצעות מנגנון של "הודעה ופעולה", שיאפשר למשתמשים ולצדדים שלישיים לפנות למתווך בתלונה על תכנים פוגעניים ולקבל עדכון על הטיפול בתלונה.

196 ראו, לדוגמה, ע"א סביר, לעיל ה"ש 14 (אשר מאמץ למעשה את נוהל "הודעה והסרה" באשר למנועי החיפוש). ראו גם עניין **בר און**, לעיל ה"ש 14 (בעניין זה מתווך החיפוש לא פעל לפי נוהל

הסוגיה של הסרת קישורים לתוצאות חיפוש שהן לשון הרע נדונה ישירות בפרשת **סביר נ' בר נוי**. במקרה זה נדונה השאלה אם מנוע החיפוש של גוגל נושא באחריות בשל אי-הסרת תוצאות חיפוש המהוות לשון הרע שנבעו מהגדרת התכנים על ידי מפעיל האתר במסגרת הקוד הטכני.¹⁹⁷ גם מתווך התוכן נתבע בשל אי-הסרת התכנים במקור או אי-שינוי הקוד הטכני. בגלגולה הראשון של הפרשה נמצא מתווך התוכן אחראי, אך מנוע החיפוש נמצא פטור.¹⁹⁸ בערעור נקבע כי מנוע חיפוש חייב להסיר תוצאת חיפוש עוולתית כאשר אין עוררין על כך שתוצאת החיפוש שגויה.¹⁹⁹ אם קיים ספק בנכונות הפרסום, הוא רשאי להמתין לצו שיפוטי בטרם יתערב. בית המשפט קבע כי אין ליצור הבחנה בין בעל אתר למנוע חיפוש בהקשר זה,²⁰⁰ ואימץ את מנגנון "הודעה והסרה", תוך הגבלתו לתכנים המהווים עוולה בלבד. בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה.²⁰¹

לאחרונה, בעניין **פלונית**,²⁰² שעובדותיו פורטו בתת-פרק הקודם של הרשימה,²⁰³ התייחס בית המשפט העליון לפערי הזמנים בין הפרסומים במסגרת בחינת השאלה מהי "אותה לשון הרע". השופטת ברק-ארז התייחסה מפורשות לממד הזמן, וציינה כי פרק זמן ניכר שחולף בין פרסומי לשון הרע יכול להקים זכויות עצמאיות לפיצוי, "מאחר שהפרסום הנוסף 'עורר שדים מרובים' ובכך יצר נזק אחר נוסף על הנזק הראשוני שנגרם מהפרסום הראשון. במצב דברים זה קמה הצדקה לקבוע כי אין מדובר עוד ב'אותה לשון הרע'. אכן בעידן הדיגיטלי קשה להסתיר דברי לשון הרע 'ישנים', אך חזרה עליהם עשויה להקים פגיעה עצמאית בזכות להישכח".²⁰⁴ אף שפסק הדין התייחס לפרסום נוסף שדומה לפרסום לשון הרע קודם, שנעשה על ידי אותו מפרסם, ולא התייחס לסעד מגורמי ביניים, יש בו הכרה בממד הזמן כגורם מכריע בבחינת נזק דיגיטרי.

"הודעה והסרה" ולא הסיר קישור לפרסומים מכפישים קשים, ובית המשפט הורה על סעד זמני של הסרה עד לבירור התביעה. אף שמדובר בסעד זמני, גם מפסק דין זה אפשר ללמוד על נכונותם של בתי המשפט להחיל על מנועי החיפוש נורמות דומות לאלה שהם מחילים על אתרים).
197 לקוד הטכני מצורפות מִטְ-תגיות שמסייעות למנועי החיפוש לאנדקס את תוכני האתר. להגדרת מִטְ-נתונים ראו Paula Kift & Helen Nissenbaum, *Metadata in Context—An Ontological and Normative Analysis of the NSA's Bulk Telephony Metadata Collection Program*, 13 I/S: J.L. & POL'Y FOR INFO. SOC'Y 333, 336 (2017).

198 בת"א (שלום ת"א) 49918-05-12 **סביר נ' בר נוי**, פס' 71 (אר"ש 23.9.2014), נקבע כי "אין לקבוע מסמרות בעניין ולקבוע נחרצות כי כל אימת שפלוני פונה לגוגל להסיר תוצאת חיפוש כלשהי שאיננה לרוחו, יהיה עליה להסירו ללא כל תנאי, אפילו אם אותו ביטוי נוצר ופורסם על ידי צד שלישי ולא על ידה".

199 ע"א **סביר**, לעיל ה"ש 14, בפס' 16; לביא "ביוש לנצח?" לעיל ה"ש 5, בעמ' 473.
200 ע"א **סביר**, לעיל ה"ש 14, בפס' 16 (בית המשפט התמקד בהסרת תכנים עוולתיים, ולא יצר זכות גורפת להישכח).

201 ראו רע"א **סביר**, לעיל ה"ש 14.

202 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 8.

203 ראו לעיל ליד ה"ש 133–136.

204 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 8, בפס' 25 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

מעבר להצעות חקיקה הממוקדות בתוכני לשון הרע, היו בישראל מלומדים שהציעו לכלול את הזכות להישכח כזכות בגדרי הזכות הפרטיות, ולכלול בה ביטויים רחבים מביטויי לשון הרע.²⁰⁵ המחוקק הלך בדרך זו וביקש להכיר בזכות כללית להישכח. כך, הועלתה הצעת חוק לאפשר לנפגע ממידע שפורסם עליו לפנות לבית המשפט בבקשה להורות למנוע החיפוש להסיר קישורים לאזכורים אלו.²⁰⁶ נוסף על כך הוצעה הצעת חוק שמטרתה לאפשר לקטינים להסיר מידע עליהם מהרשת אף אם פרסומו אינו מפר את הדין. ההצעה אף מטילה סנקציה של קנס על חברות שיבחרו מטעמים לא ענייניים לא להסיר את התכנים בעקבות בקשה כזו.²⁰⁷ ההצעות לא השתכללו לחקיקה.

יצוין כי ב-7 במאי 2023 פורסמו תקנות הגנת פרטיות חדשות בקשר למידע אישי שמועבר מהאיחוד האירופי לישראל,²⁰⁸ שמטרתן לקדם את חידוש מעמד התאימות שנתן האיחוד האירופי לישראל, המאפשר מעבר מידע אישי מאירופה לישראל בפשטות.²⁰⁹ תקנות אלו כוללות, בין היתר, חובת מחיקה (בעקבות בקשה כתובה) של מידע שאינו נחוץ עוד למטרות שלשמן הוא נוצר או נצבר, בכפוף לחריגים מסוימים

205 מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** 372 (2023) ("הפרטיות החוקתית חלה גם על אנונימיות של אדם, ומכוחה של הפרטיות החוקתית ראוי לבחון הוספת זכויות נוספות, כמו הזכות להישכח...").

206 ראו ס' 17 יג(א) להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ד-2014, פ/2648/19: "הזכות להנחת דעתו של בית המשפט כי מוצדק בנסיבות העניין להסיר את המידע האישי שלגביו הוגשה בקשה להסרת מידע אישי לפי סעיף 17 יב, רשאי הוא להורות למפעיל מנוע החיפוש להסיר את המידע האמור". הצעה זו מאפשרת להסיר גם קישורים לתכנים שהם אמת. בכנסת העשרים הועלתה הצעה נוספת לעיגון הזכות להישכח. ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ז-2017, פ/3867/20. המגמה להכיר בזכות להישכח הוכרה גם בהצעות חוק מאוחרות יותר. ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התש"ף-2019, פ/219/22, אשר הציעה להוסיף לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, את ס' 17 י, שכותרתו "הסרת פרסומים וקישורים ברשת תקשורת אלקטרונית", ולפיו "נעשה פרסום שיש בו פגיעה בפרטיות באתר המצוי ברשת תקשורת אלקטרונית (בסעיף זה – האתר המפרסם), רשאי אדם הרואה עצמו נפגע מהפרסום לפנות לבית המשפט בבקשה שיורה לאתר המפרסם להסיר את הפרסום הפוגעני". ההצעה להוסיף סעיף זה חזרה אל שולחן הדיונים גם בהצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התש"ף-2020, פ/54/23.

207 ראו ס' 5 להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הגנה על פרטיות של קטינים), התשע"ז-2017, פ/3942/20 (שלפיו יוסף לחוק הגנת הפרטיות ס' 14 א, שיאפשר לקטינים לבקש למחוק מידע עליהם מהרשת. לפי ס' 14 ב), בעל מאגר המידע רשאי לסרב לבקשה למחוק מידע שנמסר על אדם בהיותו קטין מטעמים ענייניים, ובמקרים אלו לא תחול הסנקציה).

208 תקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל מהאזור הכלכלי האירופי), התשפ"ג-2023, ק"ת 1720 (להלן: תקנות הגנת הפרטיות).

209 ראו טיוטת תקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל מהאזור הכלכלי האירופי), התשפ"ג-2022, <https://did.li/dV4fT>, שם מוסבר כי התקנות גובשו "על רקע תהליך בחינה שמקיימת כיום נציבות האיחוד האירופי ביחס לישראל, לצורך בחינת חידוש מעמד התאימות (Adequacy) שניתן לישראל על ידי האיחוד האירופי בשנת 2011, כמדינה שרמת הגנת המידע בה תואמת לרמת ההגנה על מידע אישי הנוהגת במדינות האזור הכלכלי האירופי, ולכן מידע אישי אליה יכול לעבור באופן פשוט ונוח".

(כגון זכות הציבור לדעת, קיום חובה חוקית, מחקר מדעי או סטטיסטי, ניהול הליך משפטי).²¹⁰ תקנות אלו, המכירות בזכות להישכח באשר למידע המצוי במאגרי מידע, תוכננו לחול רק לגבי אזורי האיחוד שהמידע שלהם מועבר לישראל, ולא לגבי אזורי ישראל.²¹¹ אולם תחולתן הורחבה, והחל ב-1.1.2025 היא לא תוגבל רק למידע שמקורו באזור הכלכלי האירופי ומוחזק במאגרים בישראל, והלכה למעשה יוחלו התקנות גם על מידע אישי של תושבי ישראל.²¹²

נסכם כי אף שאין בישראל זכות כללית להישכח, מפסיקתם של בתי המשפט בערכאות הנמוכות עולה כי כאשר הפרסום עולה כדי לשון הרע, אפשר שהנפגע יוכל לבקש הסרה ממתווכי התוכן והחיפוש. לנוכח המגמה המסתמנת בהצעות חקיקה, בתקנות ובפסיקה, ההכרה בממד הזמן מתגברת, וייתכן שתתאפשר זכות להישכח גם באשר למידע לא רלוונטי שממד הזמן הופך אותו מפרסום לגיטימי לפרסום שהוא לשון הרע.²¹³

לפיכך הצעת הרשימה להוספת סעד של הסרה שיופנה כלפי גורמי הביניים אינה הצעה מהפכנית לשינוי גורף של הדין הפוזיטיבי, אלא מצריכה רק הטמעת נורמות שזווה ויושמו בפסיקת בתי המשפט באשר לחובות המתווכים להסרת תוכני לשון הרע. כמו כן נדרשת הרחבת נורמות אלו גם על תכנים שחלפה לגביהם תקופת ההתיישנות ויש חסם דיוני לגביהן בתביעת האחריות הישירה מול המפרסם. הטמעה זו יכולה להיעשות בפסיקה גם במסגרת עוולת הרשלנות, כפי שצוין בתחילת התת-פרק הנוכחי. כאמור, השימוש שבתי המשפט עושים בעוולת הרשלנות מתרחב, ויכול אף להשתרע על מקרים שבהם אחריות המתווך עקיפה במהותה.²¹⁴ בשל הספקת שירות שאפשר את ההפרה נוצרה זיקה בין המתווך לבעל זכויות היוצרים, אשר מולידה חובת זהירות בהיקף מוגבל בגין אי-סיוע בקטיעת התמשכותה של פעילות פוגענית בדיעבד, ולמעשה של הצגת תוכני לשון הרע.²¹⁵ אף שמגמת ההרחבה של עוולת הרשלנות עד כדי "השתלטות" שלה על עוולות פרטיקולריות ועל סוגי אחריות שונים הקימה עליה ביקורת,²¹⁶ השימוש

210 תק' 3 לתקנות הגנת הפרטיות.

211 לביקורת ראו טל שחף "משרד המשפטים מקדם תקנות פרטיות אירופאית – הישראלים נשארו בחוץ" **tech12** (12.7.2022) <https://did.li/2azIw>.

212 ראו תק' 2(א) לתקנות הגנת הפרטיות, המחילה את התקנות גם על "כל מידע נוסף המצוי במאגר מידע בישראל אשר מצוי בו מידע כאמור בפסקת משנה (1)". ראו גם חיים רביה ודוהן המר "תיקון מקיף לחוק הגנת הפרטיות ייכנס לתוקף ב-1 בינואר" **Pearl Cohen** (11.9.2024) <https://did.li/IufOf>.

213 להצעה להכיר בזכות להישכח במסגרת חוק איסור לשון הרע גם באשר לפרסומים שהיו נכונים במועד פרסומם ראו לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 490.

214 עניין **Premier League**, לעיל ה"ש 167, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

215 שם (וראו ציטוט מפסקה זו לעיל בה"ש 168).

216 יעקב, לעיל ה"ש 166, בעמ' 229–230.

בעוולת הרשלנות נעשה בפועל גם במקרים של אחריות עקיפה, שילוחית,²¹⁷ ובפרשנות המתאימה יכול להוביל לאותו היקף אחריות כמו שימוש במשטר של אחריות שילוחית עם "נמל מבטחים".

אולם, לשם יצירת בהירות ואחידות, רשימה זו קוראת למחוקק לאמץ בחקיקה הסדר של "הודעה והסרה", לכל הפחות באשר לתוכני לשון הרע, ולהבהיר את תחולת הסעד על גורמי הביניים גם כאשר קיים חסם דיוני לתביעה כלפי המפרסם. כאשר פרסום במרחב המקוון הוא לכתחילה לשון הרע, ועילת התביעה היא שקריות התכנים, ולא אי־הרלוונטיות שלהם, אין ספק שראוי לצוות על סעד של הסרה מאתרי המרשתת וממנועי החיפוש אף לאחר חלוף תקופת ההתיישנות, אולם צו ההסרה לא יופנה כלפי המפרסם, אלא כלפי גורמי הביניים. התוצאה של הסרה ללא פיצוי מהמפרסם לאחר חלוף תקופת ההתיישנות מאזנת כראוי בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש ביטוי בעידן הדיגיטלי. תוצאה זו עולה בקנה אחד גם עם הרציונלים לזכות להתיישנות, ומונעת מצב של אחריות נצחית של מפרסמים ופגיעה לא מידתית בנתבעים בכוח.

פרק ג: אחריות לנצח? הטלת אחריות על המפרסם לניקוי המרחב הדיגיטלי מפרסומים של צדדים שלישיים שחזרו באופן עצמאי על פרסומיו העוולתיים במדיה דיגיטלית

ממד נוסף שבו פסק דין בכרי עלול להוביל לאחריות נצחית, מעבר לקביעה כי העוולה נמשכת כל עוד עותקים מצויים במרחב המקוון, טמון בהטלתה הלכה למעשה של חובה חדשה על המפרסם, שלפיה עליו לנקות את המרחב המקוון מפרסומי צדדים שלישיים שהעלו למרחב הדיגיטלי את פרסומיו. האם ראוי להטיל על המפרסם המקורי אחריות למעשהו של אחר אף שהוא לא שידל אותו לעשותו, ואותו אדם אחר הוא האחראי לפרסום החוזר? האם ראוי שהמפרסם יחויב באחריות משום שהוא היה יכול לצפות שאחר יחזור על פרסומיו? בפרק זה תתמקד הרשימה בשאלות אלו ותשיב עליהן בשלילה. הרשימה תטען כי קביעה זו נוגדת את התכלית שבבסיסם של דיני הנזיקין ואת תכליתם של דיני ההתיישנות, ועלולה אף לגרום לאפקט מצנן לא מידתי. כפי שיתואר, קביעה זו מטילה למעשה על המפרסם המקורי אחריות הדומה לאחריותם של גורמי הביניים, והיא אינה עולה בקנה אחד עם קביעה קודמת של בית המשפט העליון בעניין משיק. לסיום פרק זה תציע הרשימה כי במקום אחריות של המפרסם המקורי ראוי לקדם סעד של הסרה על ידי גורמי הביניים ובו בזמן סעד של פיצוי מהגורם שהעלה את

²¹⁷ ראו עניין Premier League, לעיל ה"ש 167; ת"א (שלום ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטלרד, פס' 40 (נבו 1.8.2005); ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 בורוכוב נ' פורן (נבו 14.7.2002); לביא אחריות מתוזכר תוכן לעוולות ביטוי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 191.

הפרסום למרחב המקוון. כדי לממש את סעד הפיצוי, יש לקדם הליכים חקיקתיים או פסיקתיים שיאפשרו חשיפת משתמשים מעוולים אנונימיים. הרשימה תתייחס לנקודות אלו בפסקאות שלפנינו.

ראשית, כפי שציין השופט עמית בדעת המיעוט בעניין בכרי, הטלת אחריות על אדם בשל פרסום שנעשה לא בשליטתו, ללא ידיעתו וללא הסכמתו מעוררת קושי.²¹⁸ לא הוכח כי בכרי נטל חלק בפרסום ביוטיוב, והוא אינו מעוול משותף. כמו כן לא הוכח כי בכרי שלח מאן דהוא לפרסם את הסרט ביוטיוב או אף שידל לפרסום כזה.²¹⁹ הטלת אחריות עליו בגין הפרסום ביוטיוב נוגדת את עקרונות דיני הנזיקין, אשר מטילים אחריות למעשה של אחר רק בנסיבות מוגדרות של אחריות שילוחית, אחריות מעביד או שידול.²²⁰

שנית, הטלת אחריות על המפרסם המקורי לפרסומי צד שלישי, אף שהללו חזרו על פרסומיו במנותק מהפרסום המקורי, ויצירת חובת ניקוי של המרחב הדיגיטלי מפרסומי צדדים שלישיים, הן מרחיקות לכת ומובילות לאחריות נצחית. זאת, מאחר שבמקרה שבו אדם יפרסם לשון הרע, הוא יישאר אחראי לנצח גם לכל פרסום חוזר שייעשה על ידי אחר, גם אם הדבר נעשה ללא הסכמתו. יתרה מזו, כל אימת שפלוגי יבקש לפגוע במפרסם המקורי, הוא יוכל פשוט לפרסם את הדברים שנית, תוך שימוש בשם משתמש (username) אנונימי, וכתוצאה מכך להחיות את עילת התביעה נגד המפרסם המקורי ולא לאפשר לה להתיישן. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם תכליתם של דיני ההתיישנות.²²¹

הקביעה כי המפרסם המקורי אחראי לפרסומי צדדים שלישיים שהעלו את פרסומיו למרשתת וכך חזרו עליהם מטילה עליו למעשה חובה לפקח על המרחב הדיגיטלי או למצער לטפל בתלונות על פרסומים חוזרים של הפרסום הדיכתי במדיה דיגיטלית, שאם לא כן יחשוף את עצמו לאחריות. משימה זו קשה אפילו לגורם ביניים מסחרי (אתרי מרשתת ומנועי חיפוש), ולאדם פרטי היא בבחינת משימה בלתי אפשרית. החשש

218 עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 63 לפסק הדין של השופט עמית.

219 על אחריות לשידול ראו לביא "משפיענים – היזהרו בפרסומיכם!", לעיל ה"ש 15.

220 לאחריות של משדל, של מעביד ושל שולח ראו ס' 12–14 לפקודת הנזיקין. להרחבה ראו הרמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 207–219; חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוני שנור **דיני לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי** 201 (מהדורה שנייה 2019) ("דיני הנזיקין בישראל אינם תומכים באופן עקרוני בהטלת אחריות למעשים שעשה אדם בלא שידע או בלא שהיה יכול לדעת עליהם").

221 עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 63 לפסק הדין של השופט עמית ("...קשה להלום כי כל אימת שפלוגי יפרסם לשון הרע, הוא ישא בעתיד באחריות מוחלטת לכל פרסום חוזר שיבצע אדם אחר ללא ידיעתו וללא הסכמתו. באספקלריה של דיני ההתיישנות, הדברים אף מתחדדים ומקבלים משנה תוקף, שכן קשה להלום שכל פרסום חוזר שיבוצע על ידי צד שלישי יהיה בבחינת 'החייאה' של עילת התביעה נגד המפרסם המקורי. מציאות שכזו היתה מובילה לכך שהמפרסם המקורי יהיה חשוף לנצח לתביעות בגין פרסום שביצע בעבר, כל אימת שמאן דהו יבחר לבצע פרסום חוזר של הדברים. תוצאה שכזו אינה עולה בקנה אחד עם הרציונאליים והתכליות של דיני ההתיישנות, ואף לא עם עקרונות יסוד של הטלת אחריות בנזיקין"). ראו גם שם, בפס' 97 לפסק הדין של השופט עמית.

מאחריות נצחית עלול להוביל לאפקט מצנן, לתלמיות ולפגיעה קשה בחופש הביטוי.²²² במצב זה יימנע מפרסם מפרסומים לגיטימיים אך שנויים במחלוקת, או מפרסומים החוסים בהגנות לשון הרע, מחשש שבית המשפט יכריע שהם דיבתיים ויחשוף אותו לאחריות נצחית ללא גבולות. כך ייפגע חופש הביטוי של המפרסם המקורי, ועימו ייפגעו שוק הרעיונות וזכות הציבור לקבל מידע. הפרסום החוזר אומנם פוגע במושא לשון הרע ובחופש הביטוי שלו,²²³ אולם את האחריות לכך יש להטיל על הגורם שאחראי ישירות לפרסום החוזר. נוסף על כך, כפי שנראה בהמשך, המפרסם המקורי אינו מונע הנזק היעיל, וכאשר הפרסום מנותק מהפרסום המקורי ולא נוצר באמצעות כפתור "שתף", לא יוכל המפרסם המקורי להביא לידי הסרתו על ידי הסרת הפרסום המקורי. אין זה ראוי אפוא להטיל עליו אחריות אך בשל העובדה שהוא היה יכול לצפות שיהיו פרסומים נוספים בעקבות פרסומו, כאשר אלה מנותקים מהפרסום המקורי במרחב הזמן וכאשר יש מי שאחראי להם בצורה ישירה.

שלישית, אפשר לטעון כי קביעה שהמפרסם המקורי אחראי לנזקים של פרסומי צדדים שלישיים שחזרו על הביטוי שפרסם אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה קודמת של בית המשפט העליון בעניין שאול, אשר הטיל אחריות לחזרה על פרסום לשון הרע על המשתף, שהוא האחראי הישיר לשיתוף.²²⁴ פסק הדין פירש למעשה את סעיף 19(1) לחוק איסור לשון הרע, המתיר הקלה בפיצוי במקרה של חזרה על מה שנאמר,²²⁵ והחיל אותו על המרחב המקוון. בפסק הדין נקבע כי ברירת המחדל היא תביעת המפרסם המקורי, בשל יכולתו להסיר את שיתופי הפרסום שהופץ באמצעות כפתור "שתף" על ידי הסרת הפרסום המקורי. אולם עניין בכרי שונה בעובדות המקרה.

יצוין כי ברשימה קודמת בנושא שיתוף לשון הרע טענתי כי כאשר אפשר לאתר את המפרסם המקורי וכאשר השיתוף נעשה באמצעות כפתור "שתף", ראוי לצמצם את אחריותם של המשתפים. אולם גם לגישתי, המקרה הנוכחי נופל בגדר החריגים למודל שהצעתי שם. כאשר לפרט שיוצר פרסום עצמאי שלא יוסר עם הסרת הפרסום על ידי המפרסם המקורי טענתי כי האחריות עצמאית וישירה, ואינה שיווית לאחריותו של המפרסם המקורי.²²⁶ בעניין בכרי הפרט שהעלה את הסרט ליוטיוב פרסם אותו במנותק מהפרסום המקורי, ולא באמצעות כפתור "שתף", ולפיכך אחריותו עצמאית וישירה.

222 Penney, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1488.

223 להרחבה באשר לחופש הביטוי של הנפגע ראו לעיל ליד ה"ש 111–115 וכן ההפניות לעיל בה"ש 123.

224 עניין שאול, לעיל ה"ש 16. להרחבה על פסק הדין ראו לביא "שיתוף לשון הרע", לעיל ה"ש 7; עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 64 לפסק הדין של השופט עמית ("...נקודת המוצא בפסק הדין [בעניין שאול] היתה כי פרסום חוזר, קרי חזרה על דברים שפורסמו קודם לכן, מהווה 'פרסום' ואינו חסין מתחולתם של דיני לשון הרע").

225 ס' 19 לחוק איסור לשון הרע: "בבואו לגזור את הדין או לפסוק פיצויים רשאי בית המשפט להתחשב לטובת הנאשם או הנתבע גם באלה: (1) לשון הרע לא היתה אלא חזרה על מה שכבר נאמר, והוא נקב את המקור שעליו הסתמך".

226 ראו לביא "שיתוף לשון הרע", לעיל ה"ש 7, בעמ' 188.

יתרה מזו, הפרט שהעלה את הסרט ליוטיוב עשה זאת בבמה אחרת, לפני קהל אחר, זמן רב לאחר הפרסומים המקוריים ורק בסוף רצף ההקרנות השני. לפיכך, לנוכח השוני הגדול, שבא לידי ביטוי בעיקר בבמה ובקהל היעד, איזון בין מבחני העזר שהותוו בעניין **פלוגיית**²²⁷ תומך במסקנה כי התנתק הקשר לפרסום המקורי. האחריות לפרסום הסרט ביוטיוב היא אפוא נפרדת,²²⁸ ומוצדק להטיל אחריות ישירה עצמאית על הפרט שעשה זאת. בהעדר אפשרות לאתר פרט זה, אין זה ראוי לאפשר לנפגע לקבל פיצוי בגין ההעלאה ליוטיוב מהמפרסם המקורי, ויהא עליו להסתפק בסעד של הסרה, שעליו תרחיב הרשימה בהמשך.

במצב שבו הפרסום החוזר מהווה שיתוף של הפרסום המקורי ונעשה באותה במה ובמסכינות לו, ייתכן שאפשר להצדיק הכרה בחובת פיצוי שתוטל על המפרסם המקורי גם לשיתופים, כדי לתמרץ אותו לבדוק את עובדותיו של הפרסום המקורי ולנקוט אמצעי זהירות ראויים. אולם גם במקרה כזה ראוי להגביל את אחריותו של המפרסם המקורי לשיתופים ספורים,²²⁹ שאם לא כן אמצעי הזהירות שהוא ינקוט לא יהיו מיטביים ויופעלו יתר על המידה, ותיגרם פגיעה ביעילות הכלכלית וברווחה החברתית, לרבות בהיבטים של חופש ביטוי, בשל אפקט מצנן על פרסום ביטויים לגיטימיים. כאמור, המצב בענייננו שונה, מאחר שהפרסום המחודש מנותק מהפרסום המקורי בבמת הפרסום, בצורת השיתוף ואף בממד הזמן, והוא פרסום חדש שמעורר את הדיון בנושא לחיים. במקרה כזה המפרסם המקורי אף לא יוכל להביא לידי הסרת הפרסום החוזר על ידי הסרת הפרסום המקורי (להבדיל ממקרה שבו הפרסומים החוזרים נעשו באמצעות כפתור "שתף" במסדות מסוימות).²³⁰ במצב זה הטענות לטובת הטלת אחריות על המפרסם המקורי בגין פרסום חוזר שנעשה על ידי צד שלישי מאבדים מתוקפם לחלוטין. רביעית, הקביעה כי על המפרסם המקורי לפנות למתווך ולדאוג להסרת הפרסום²³¹ עומדת **בניגוד לפרקטיקה** שאומצה והוחלה בפסיקת בתי המשפט – נוהל "הודעה והסרה", אשר נדון בפרק הקודם.²³² כאמור, **נוהל "הודעה והסרה" מטיל את הנטל על הנפגע לפנות לגורם הביניים ולבקש את הסרת התוכן המזיק**. נוהל זה, אשר פותח כאמור

227 על האיוון בין מבחני העזר והפעלת שיקול דעת ממקרה למקרה ראו עניין **פלוגיית**, לעיל ה"ש 8, בפס' 83 לפסק הדין של השופט סולברג.

228 כך, לנוכח הפסיקה בעניין **פלוגיית**, שם, נראה כי אילו העלה בכרי עצמו את הסרט ליוטיוב, הוא היה חב בגינו בפיצוי נפרד, מאחר שמבחני העזר תומכים במסקנה כי הפרסום הוא פרסום נפרד.

229 Ronen Perry, *The Law and Economics of Online Republication*, 106 IOWA L. REV. 721, 229 (2021). פרי מדבר על אחריות לארבע שכבות פרסום לפחות, כתמריץ לנקיטת אמצעי זהירות, אך פרסום במרשתת יכול לכלול אפילו מיליוני גלגולי שיתוף. ניתוח כלכלי של הסוגיה אינו תומך באחריות למספר שיתופים בלתי מוגבל, מאחר שהדבר יוביל לרמת אחריות גבוהה מדי ולנקיטת אמצעי זהירות ברמה לא מיטבית.

230 לעניין עיצוב המאפשר הסרה יעילה ראו לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7.

231 עניין **בכרי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 12 לפסק הדין של השופט שטיין.

232 ראו לעיל ה"ש 193–196 והטקסט שלידן.

בהצעת חוק מסחר אלקטרוני,²³³ רותם את המתווכים להסרת תכנים מזיקים במישור האזרחי, כגון תוכני לשון הרע ותכנים מפרי קניין רוחני. לפי הנוהל, למתווך יוענק פטור מאחריות אם מילא את חובותיו לטפל בתלונות על תכנים אלו במסדת שלו.²³⁴ המתווך לא יהא חשוף לאחריות בגין אי-סינון תכנים מזיקים מיוזמתו, אולם מתווך שלא יטפל בתלונות בעניינם יחויב באחריות אם ייקבע כי הם לשון הרע. אף שההצעה לא השתכללה לכלל חקיקה, בתי משפט רבים נוהגים לפיה, וזו הגישה הרווחת בפסיקה.²³⁵ בעניין בכרי לא הקדים מגנאג'י לתביעתו בקשה מפורשת להסרת התכנים מיוטיוב.²³⁶ כמו כן, יוטיוב אף לא צורפה לתביעה. פסק הדין הטיל למעשה אחריות אקטיבית על המפרסם המקורי לפנות למתווך ולשלוח מכתב דרישה **כבעל זכות היוצרים בסרט**, כדי להביא לידי הסרת הסרט מיוטיוב.²³⁷ אולם משטר "הודעה והסרה" חל גם באשר לזכויות יוצרים, ובהקשר זה מטיל את הנטל לפנות למתווך על הנפגע מהפרסום. פנייה של בעל זכויות יוצרים למתווך בנוגע להעלאת תכנים המפרים את זכויות היוצרים שלו נתונה לשיקול דעתו, ומאפשרת לו לממש זכות שהיא לטובתו, אם הוא סבור שהיא נפגעה מהעלאת התכנים. אולם **הסרת התכנים נתונה לבחירתו של בעל זכויות היוצרים** הטוען לפגיעה, ואינה מחויבת המציאות. אפשרות אחרת שעומדת באתרים מסוימים לבעל זכויות היוצרים היא להפיק רווח מתכניו שהועלו תוך הפרת זכויותיו. לדוגמה, יוטיוב מפעילה את Content ID, אשר משתמש בקוד זיהוי דיגיטלי שיכול לאתר ולהודיע לבעל הזכויות אם סרט חדש שנטען לאתר מתאים ליצירה בבעלותו. במסגרת מודלים עסקיים חדשניים, בעל הזכויות יכול אפוא לבחור לחסום או להסיר את התוכן או לחלופין למסור את התוכן ולקבל את הרווחים המופקים ממנו. מאחר שהזכות היא לטובתו, הוא אינו חייב להביא לידי הסרת התכנים.²³⁸ בעל הזכויות יכול כמובן לוותר על זכותו לגמרי ולא להתלונן על התכנים המפרים כלל.

233 ראו לעיל ה"ש 193 והטקסט שלידה.

234 ראו מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 379 (התשע"א), המסביר כי המשטר שהוצע הוא "הודעה, הודעה והפניה לבית-משפט". במשטר זה האתר אינו צריך לפקח על התכנים מראש ואינו צריך למחר ולהסיר את התוכן עם קבלת ההודעה. תפקידו לשמש מתווך בין המתלונן לגולש הפוגע. לאחר קבלת תלונה מן הנפגע, המתווך נדרש להעבירה לידי הפוגע לכאורה. אם הלה מסכים להסרה או אינו מגיב, יוסר התוכן. ביתר המקרים הוא יישאר על כנו.

235 ראו לעיל ה"ש 194 והטקסט שלידה; לביא "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 472.

236 ראו ת"א בכרי, לעיל ה"ש 4, בפס' 258.

237 עניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 12 לפסק הדין של השופט שטיין ("...סבורני שאחריותו של המערער לפרסום סרטו ב-Youtube נגזרת ממחדלו-שלו, ולא מעולתו של אדם אחר. המערער הציב את סרט הכזבים שלו במרחב הציבורי והוציא דיבתו של המשיב 1 רעה באופן שאפשר את העתקת הסרט והצגתו ברבים, ואחר-כך, כאמור, לא עשה דבר – וגם לא חצי-דבר, כדוגמת משלוח מכתב-דרישה מטעמו כבעל זכויות היוצרים בסרט – כדי להביא להסרת הסרט מאתר ה-Youtube").

238 Katharine Trendacosta, *Unfiltered: How YouTube's Content ID Discourages Fair Use and Dictates What We See Online*, EFF (Dec. 10, 2020), <https://did.li/VLDrl>; Matthew Sag, *Internet Safe Harbors and the Transformation of Copyright Law*, 93 NOTRE DAME L. REV.

יצוין כי בעקבות פסק הדין עולה שאלה גם באשר לביטוי לשון הרע שאינו מוגן בזכויות יוצרים – האם גם אז הנטל על המפרסם המקורי להביא לידי הסרה של כל חזרה מאוחרת של הביטוי, הגם שמטרת ההסרה אינה מימוש זכות שהיא לטובתו? נראה כי חיוב המפרסם המקורי לפקח על המרחב המקוון ולהביא לידי הסרת כל חזרה על הפרסום על ידי צדדים שלישיים מטיל עליו נטל כבד ולא מידתי, ויוביל לאפקט מצנן על פרסומים לגיטימיים ולפגיעה ביעילות ובשוק הרעיונות.

הרשימה תטען להלן כי אין מקום להטיל את הנטל על המפרסם המקורי באשר לפרסום חוזר מאוחר שנעשה על ידי צד שלישי, וכי גם כאן, בדומה למוצק בפרק הקודם, יש להתמודד עם נזקי הפגיעה בשני מסלולים: (1) פניית הנפגע מהפרסום המקורי לגורמי הביניים באמצעות נוהל "הודעה והסרה", ואם הביטוי לא הוסר, צירוף גורם הביניים לתביעה – הליך זה יאפשר לא רק פיצוי מגורם הביניים במקרה שביטוי לשון הרע לא הוסר, אלא צו בית משפט אשר יכבול את גורם הביניים להסרה, ואולי אף יצמצם את התפשטות הביטוי בעתיד; (2) תביעת פיצוי מהפרט שהעלה את הפרסום שוב, בשל אחריותו הישירה לנזקי הפרסום הנוסף – כדי לממש זכות זו, תוצע מסגרת לחשיפת זהותם של משתמשים מעוולים אנונימיים.

1. גורמי הביניים כמפתח להסרת הפרסום ולצמצום נזקי העוולה

מי צריך להיות אחראי ללשון הרע במרחב הדיגיטלי? מודלים מסורתיים כופים אחריות על המפר הישיר – המפרסם. אולם בנסיבות מסוימות הדין מרחיב את האחריות אל מעבר למעוול הישיר ומטיל אחריות שילוחית – לדוגמה, אחריות עקיפה של מתווכים לאי-הסרה של תוכני לשון הרע בעקבות תלונה על פרסום במסדת שבבעלותם. בעניין בכרי הטיל בית המשפט העליון אחריות על המפרסם המקורי לפרסום חוזר עצמאי של סרטו על ידי צד שלישי. בכך הוא הטיל על המפרסם המקורי אחריות דומה לאחריותם של גורמי ביניים לפרסומים של צדדים שלישיים, ולמעשה הסיט את האחריות מגורמי הביניים אל המפרסם המקורי. זאת, בניגוד להסדרה במודל החדש, שבו ההסדרה מכוונת לתשתית הדיגיטלית.²³⁹ כפי שהרשימה תתאר, גם במישור היעילות קיימות סיבות כבדות משקל למיקוד ההסדרה במסדות.

כאמור, בנסיבות מסוימות הדין מרחיב את האחריות אל מעבר למעוול הישיר, ומטיל אחריות שאינה אחריות ישירה ואינה אחריות מעורבת, אלא אחריות שילוחית במהותה

499 (2017); Kristelia García, *Monetizing Infringement*, 54 U.C. DAVIS L. REV. 265, 273 (2020) ("Under the auspices of YouTube's private fingerprinting technology Content ID, in contrast, many copyright owners effectively say that the unauthorized upload of a video containing unlicensed music will not be removed so long as related ad revenues are relinquished; i.e., so long as they can monetize the potential infringement..." (emphasis in .origin))

239 להרחבה ראו לעיל ה"ש 174 והטקסט שלידה.

בגין עוולות הזולת. זוהי אחריות משנית, כאמור, הקשורה בטבורה לאחריות הישירה של המעוול.²⁴⁰ אחריות זו מוצדקת מנקודת מבט של יעילות כאשר: (1) קיים כשל באכיפת האחריות על המעוול הישיר; (2) צד שלישי יכול לפקח או לשלוט על העוולה הישירה; (3) אין מספיק תמריצים להסדרה פרטית; (4) הכלל המשפטי יכול להיות מוחל בעלויות סבירות.²⁴¹ בעניין בכרי ההצדקות האמורות מקבלות משנה תוקף, ומצדיקות הטלת אחריות בגין העלאת הסרט ליוטיוב על גורמי הביניים, ולא על המפרסם המקורי.

בהקשר של הפצת לשון הרע במרשתת מתרחש כשל שוק, מאחר שפרטים מפרסמים לשון הרע ואחרים יכולים להעלותה שוב ושוב, ופעמים רבות פרטים אלו אינם מזוהים בשמותיהם. אולם המפתח לתיקון כשל השוק אינו מצוי אצל המפרסם המקורי. לא תמיד הלה יכול להביא לידי הסרת הביטוי שהוא עצמו פרסם או להסיר את שיתופי הביטוי עם אחרים על ידי הסרת הפרסום המקורי. יכולות אלו עומדות לגורמי הביניים. בעניין בכרי הפרסום המאוחר של הביטוי נעשה על ידי צד שלישי עצמאי ובמנותק מהביטוי המקורי. אולם גם במקרים אלו גורמי הביניים יכולים להסיר את הביטוי המזיק מהמסדה או מתוצאות החיפוש במנועי החיפוש. לגורמי הביניים יש אף יכולת לייעל את המנגנונים להסרת תוכני לשון הרע ולהקל את נזקי העוולה.²⁴² גורמי הביניים הם אפוא המונעים היעילים, ויש להם יכולת לשלוט בסיכונים. הם אף בעמדה הטובה ביותר לערוך ניתוח עלות-תועלת, קרי, לאמוד את העלויות של נזקי הביטוי אל מול העלויות של מניעתם.²⁴³

מעבר להסרת פרט תוכן שהתקבלה לגביו תלונה, המסדות המקוונות קובעות מי יוכל להשתמש בהן וכיצד, ויש להן שליטה בתכנים המופיעים בהן. המתווכים מסדירים את התוכן במסדה שבבעלותם באמצעים שונים, כחלק אינהרנטי מניהול המסדה (content moderation) הנעשה כעניין שבשגרה, ויש להם כוח אדם ותשתית טכנולוגית לטיפול בתלונות.²⁴⁴ ולהדחת ביטויים מן השיח.²⁴⁵ כיום מסדות מדיה חברתית גדולות

240 ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 157–160.

241 להרחבה ראו Hadar Y. Jabotinsky & Michal Lavi, *Regulating the Metaverse: Reducing Diffusion of Trader Responsibility*, U. MICH. J.L. REFORM (forthcoming 2025) (manuscript at 14) <https://did.li/um21C>. ראו גם שם, המקורות המאזכרים בה"ש 66.

242 במקום אחר הצעתי להתנות את "נמל המבטחים" שבמסגרת ניהול "הודעה והסרה" בעיצוב מנגנונים אלו. על מנגנונים להסרה יעילה של שיתופים עם הסרת הפרסום המקורי ראו לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7.

243 ראו Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055, 1060–1065 (1972) (שפיתחו את התפיסה של מונע הנזק היעיל, שלפיה יש להקצות אחריות לשחקן שהוא בעמדה הטובה ביותר לערוך ניתוח עלות-תועלת, כלומר לאמוד את עלויות התאונה אל מול העלויות של מניעתה, ולנקוט אמצעי זהירות אם הם זולים מעלויות התאונה).

244 TARLETON GILLESPIE, *CUSTODIANS OF THE INTERNET: PLATFORMS, CONTENT MODERATION, AND THE HIDDEN DECISIONS THAT SHAPE SOCIAL MEDIA* (2018); Michal Lavi, *Do Platforms Kill?*, 43 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 477, 496 (2020) ("Content

מתמודדות עם כמות עצומה של תוכני משתמשים שנוצרת בכל שנייה סביב העולם. הסדרת התוכן צריכה להתרחש באותו קצב ובאותו מקום. כך, מסדות דוגמת פייסבוק (מטא), יוטיוב וטיקטוק מסירות מאות מיליוני רשומות (פוסטים), ערוצים וסרטונים בכל שנה.²⁴⁶ נימוק נוסף המצדיק הטלת אחריות על המתווכים הוא **שהמתווכים מרוויחים מהפצת מידע במסדת שבבעלותם**, שכן זו מובילה להגברת האינטראקציה ולהגברת רווחי הפרסום.²⁴⁷ לשם כך הם פועלים לקדם ולהפיץ מידע באופן שיקרב את רווחיהם – לדוגמה, באמצעות "דחיפות קלות",²⁴⁸ כגון בחירת ארכיטקטורה המשקפת למשתתפים מה חבריהם עושים על גבי ה־newsfeed; הטמעת ממשקים לקבלת משוב מפורש, כגון כפתור החיבוב (like); ומנגנונים המקילים את שיתוף התכנים ותורמים להפצתם.²⁴⁹ לפיכך אפשר לטעון כי לנוכח העובדה שהמתווכים מרוויחים מהפצת תוכן,²⁵⁰ שכוללת גם הפצה של תוכני לשון הרע ותכנים מזיקים אחרים, יהא זה אך צודק ויעיל לרתום אותם לסייע בצמצום נזקיה של הפצת לשון הרע, ולהטיל עליהם חובות לשם כך.

הטכנולוגיה מאפשרת למתווכים להגביר את בטיחות השימוש במסדת²⁵¹ באמצעות פיתוח מערכות שמנטרות את המסדת, מפקחות ושולטות על הפעילות בה בקלות,

moderation promotes adherence to the platforms' terms of use statements, site guidelines, and legal regimes. It is a key part of the production chain of commercial sites and social media platforms")

245 Rauch, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1532 ("[I]n our digital democracy, non-governmental actors have vast speech-suppressive powers. Social media platforms, for instance, can 'deplatform' users by fiat, instantly cutting them off from large swathes of public life"

246 ראו Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment* 174, בעמ' 1239.

247 ראו Kyunghee Lee, Byungtae Lee & Wonseok Oh, *Thumbs Up, Sales Up? The Contingent Effect of Facebook Likes on Sales Performance in Social Commerce*, 32(4) J. MGMT. INFO.

Sys. 109, 135 (2015) (המסבירים כי הפצה משנית מובילה להגברת השימוש במסדת ולהגברת הרווחים מפרסום וממכירות); SHOSHANA ZUBOFF, *THE AGE OF SURVEILLANCE: CAPITALISM: THE FIGHT FOR A HUMAN FUTURE AT THE NEW FRONTIER OF POWER* (2019) (אשר עמדה על המעקב שהמסדות המקוונות מקיימות אחר פעילות המשתמשים והאינטראקציה ביניהם כדי להגביר את רווחיהן).

248 "דחיפות קלות" (nudges) הוגדרו כ"כל היבט של בחירת ארכיטקטורה המוביל לשינוי צפוי בהתנהגותם של אנשים מבלי לאסור בחירות מסוימות ומבלי לשנות במידה ניכרת תמריצים כלכליים". RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS* 6 (2008) (התרגום שלי).

249 לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 82–83.

250 שם, בעמ' 65 ("מתווכים אלו מעצבים את הפלטפורמות שעל גביהן מתנהל השיח, מבנים את המנגנונים להפצת מידע ולרוב מרוויחים ממנה").

251 CITRON, *THE FIGHT FOR PRIVACY*, לעיל ה"ש 113, בעמ' 88 ("...Grindr [is] in the best position to minimize the harm by fixing its software so that the app could block IP addresses...").

ולמעשה מבצעות אכיפה אלגוריתמית. למשל, אמזון מונעת הפצה של מוצרים שהם חיקויים באמצעות מערכת ששמה Project Zero, המאפשרת לפקח ולשלוט על הפעילות במסדת.²⁵² המערכת סורקת את העדכונים באופן מתמשך, מאתרת חיקויים באמצעות הלוגו שלהם ופרמטרים נוספים, ומסירה אותם באופן פרואקטיבי מרשימת המוצרים למכירה.²⁵³ באופן זה למסדת יש ידע על הסיכונים הרלוונטיים בנוגע למוצרים הנמכרים בה, דרגה מסוימת של שליטה בסיכונים ויכולת למנוע חלק מהנזקים. דוגמה נוספת, שנזכרה בראשית הפרק הנוכחי, היא מערכת Content ID של יוטיוב, אשר משתמשת בקוד זיהוי דיגיטלי שיכול לאתר ולהודיע לבעל הזכויות אם סרט חדש שנשען לאתר מתאים ליצירה בבעלותו. בעל הזכויות יכול לבחור לחסום או למסחך את התוכן.²⁵⁴ חלק מהמסדות מפתחות מנגנונים שיאפשרו את הסרת כל שיתופי הפרסום המזיק שנעשו באמצעות כפתור "שתף" עם הסרתו של הפרסום המקורי,²⁵⁵ ובכך יש כדי להאט את התפשטותם של תכנים מזיקים. כאמור, פתרון זה אינו פותר את בעיית הפרסום המאוחר שנעשה לא באמצעות כפתור "שתף", אולם גם בהקשר זה יוכלו כוחות השוק לשפר את מנגנוני ההסרה היעילה ככל שהטכנולוגיה תתפתח. שיתוף פעולה בין מתווכים שונים יאפשר לייעל את מנגנון הסרת התכנים גם במקרים של העלאת סרטון חוזרת ונשנית שנעשתה לא באמצעות כפתור "שתף".²⁵⁶ כבר כיום מתווכים משתפים פעולה ביניהם להסרת תכנים המסיתים לטרור ול אלימות, וחולקים טביעות אצבע דיגיטליות של תכנים שהסירו, כדי לאפשר גם למתווכים אחרים לזהות את התוכן במסדת שבבעלותם ולהסירו.²⁵⁷ הטכנולוגיה של טביעות אצבע דיגיטליות היא אלגוריתם דיגיטלי שמקצה לפיסת מידע ערך (hash value), שהוא רצף של מספרים ואותיות, המאפשר לזהותה בכל מקום שבו היא נמצאת.²⁵⁸ זאת, בדומה לטביעת אצבע אנושית, שמאפשרת לזהות אדם. פתרון זה יכול לסייע בגילוי "שכפולים" של סרטונים מזיקים בכל מקום שבו הם נמצאים, לפי ערך טביעת האצבע הדיגיטלית שלהם, ולאפשר את הסרתם.

לשימוש בטביעות אצבע דיגיטליות וכן בבינה מלאכותית יש חסרונות, מאחר שמערכות אלו אינן מושלמות בהתמודדות עם פרשנות והקשר. לפיכך הן עלולות

Dharmesh M. Mehta, *Amazon Project Zero*, AMAZON (Feb. 28, 2019) <https://did.li/252.13OTY>

Dev S. Gangjee, *A Quotidian Revolution: Artificial Intelligence and Trade Mark Law*, in 253 RESEARCH HANDBOOK ON INTELLECTUAL PROPERTY AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE 325, 343 (Ryan Abbott ed., 2022)

254 ראו לעיל ה"ש 238 והטקסט שלידה.

255 לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7.

256 שם, בעמ' 140.

257 שם.

258 להרחבה על הטכנולוגיה של טביעות אצבע דיגיטליות ושימושיה ראו שם, לרבות ההפניה ל-Rafał Kuchta, *The Hash—A Computer File's Digital Fingerprint*, NEWTECH.LAW (Oct. 9, 2017) <https://did.li/SAbOf>

להוביל לסינון יתר ולהסרת תכנים לגיטימיים שאינם לשון הרע, דוגמת סטירה ופרודיה, או להסרת תכנים שחוסים בהגנות הדין.²⁵⁹ עם זאת, הטכנולוגיה משתפרת מיום ליום, ובעתיד יתפתחו טכנולוגיות זיהוי וסינון שרגישות להקשר.

במצב הדברים כיום אין זה ראוי שהדין יחייב את המתווכים לנקוט זיהוי אלגוריתמי של תכנים שזהים לתוכן הדיכתי ולהסירם בצורה אוטומטית.²⁶⁰ אולם מתווכים רבים נוקטים אכיפה אלגוריתמית וולונטרית, כדי לצמצם את העלויות המנהליות של הליך ההסרה או בצל החשש מחקיקה עתידית אפשרית. לנוכח יכולתם הטכנולוגיות להסיר תכנים ויכולותיהם הארגוניות לקיים מערך של הסדרת תוכן כחלק מניהול המסדת, אשר לרוב קיים ממילא, המתווכים הם מונעי נזק יעילים יותר מהמפרסם המקורי באשר לפרסומים חוזרים של פרסומיו על ידי צדדים שלישיים. נוסף על כך, המתווכים הם גם בעלי כיס עמוק יותר בהשוואה למפרסם המקורי.²⁶¹ עקב כך יכולתם לשאת בנזקים שנגרמים כתוצאה מפרסום תכנים על ידי צדדים שלישיים טובה מזו של המפרסם המקורי, אשר האמצעים העומדים לרשותו לצורך נשיאה בעלויות של מניעה, ניהול תביעה ופיצוי פחותים בדרך כלל.

באשר לתמריצים להסדרה פרטית, למפרסם המקורי אין תמריץ אינהרנטי פנימי למנוע חזרה על תכנים מזיקים שהוא פרסם, וגם למתווכים אין תמריץ מספיק לכך. אולם האחרונים עוסקים כאמור בהסדרת השיח במסדת שבבעלותם כעניין שבשגרה – לפי פרמטרים שהם בוחרים לאמץ, אשר אינם חופפים תמיד את הפרמטרים שבדין, ונובעים פעמים רבות ממניעים כלכליים או ממניעים של אחריות תאגידית.²⁶² – ותמריציהם להסדרת התוכן רחבים וגדולים מאלה של המפרסם.

החלת הכלל המשפטי על גורמי הביניים תתאפשר בעלות סבירה, מאחר שגורמי הביניים, כאמור, ממילא משקיעים משאבים כעניין שבשגרה בניהול המסדת שבבעלותם ובהסדרת תכנים בדרכים שונות ובאמצעים מגוונים.²⁶³ לפיכך הטלת הנטל על גורמי הביניים להסיר תוכני לשון הרע היא כלל שניתן להחילו בעלות סבירה. זאת, כל עוד ההסרה תותנה בהודעה של הנפגע מלשון הרע על כל העלאת נוספת של תוכני לשון הרע, ולא תחייב אותם בהחלת טכנולוגיה שתנטר את המסדת ותאתר מקרים כאלה בעצמה, שכן זו עלולה להיות יקרה, לפגוע ביעילות ולגרום להסרה אוטומטית של תכנים לגיטימיים. לעומת זאת, הטלת החובה על המפרסם המקורי לפנות לגורמי הביניים כל אימת שפרסומיו מועלים למרשתת על ידי צדדים שלישיים ולבקש את הסרתם תשית עליו עלויות שאינן סבירות לגבי אדם פרטי, אשר אינו עוסק בניהול המסדת ואין לו משאבים של כוח אדם ומשאבים טכנולוגיים לטיפול בתלונות ולהסרת

259 שם.

260 לביקורת על פסק דין באיחוד האירופי אשר מביא למעשה לידי חיובם של גורמי הביניים בהסרת תכנים זהים או דומים באמצעים אלגוריתמיים ראו לביא "חובת סינון תכנים?", לעיל ה"ש 193.

261 ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 116 (2012).

262 Klonick, לעיל ה"ש 175, בעמ' 1625–1630.

263 שם, בעמ' 1635.

התכנים מהמסדת. הסטת האחריות להסרת פרסומים חוזרים עצמאיים של התכנים על ידי צדדים שלישיים אל המפרסם המקורי תשית עליו עלויות כלכליות כבדות, וכתוצאה מחשש לאחריות לכל העלאה עתידית למרשתת הוא עלול כאמור להימנע לכתחילה מפרסום תכנים לגיטימיים. חשש זה יוביל לאפקט מצנן על חופש הביטוי ולפגיעה לא מידתית בזכות זו, אשר תשליך גם על היעילות והרווחה. לבסוף, קיים גם שיקול היעילות בפיזור הנזק: לגורמי הביניים יש יכולת לפזר את הסיכון בין כלל משתמשיהם – יכולת שאין למפרסם המקורי.

לסיכום, גורמי הביניים הם המונעים הזולים של הנזקים הנגרמים על ידי תוכן שהעלה צד שלישי למסדת שבבעלותם. לפיכך הרציונל של הטלת אחריות כדי להביא לידי הרתעה יעילה מקבל משנה תוקף לגביהם. המפרסם המקורי, מאידך גיסא, אינו המונע היעיל של נזקי העלאה עצמאית של התוכן על ידי צדדים שלישיים. נוסף על כך, הוא אינו בעל כיס עמוק, לא עומדות לו האפשרויות לפזר את הסיכון, ואין לו התשתית הטכנולוגית וכוח האדם לטפל בתלונות על הסרה. לפיכך שיקולים של יעילות תומכים בהטלת אחריות על גורמי הביניים במקרה של כשל אכיפתי כלפי הפרט שחזר והעלה תוכני לשון הרע, ואינם תומכים בהטלת אחריות על המפרסם המקורי במקרה של חזרה על תכנים שפרסם הנעשית על ידי צדדים שלישיים.

הנפגע מפרסום לשון הרע המבקש להביא לידי הסרת הדברים מהמסדת או מתוצאות החיפוש יכול לפנות אפוא לגורמי הביניים. הללו יכולים להסיר את התכנים, אולם יכולים גם להחליט להותירם על גבי המסדת ולחשוף את עצמם לאחריות לפיצוי אם יתברר בבית משפט כי התכנים הם לשון הרע. אם התכנים לא יוסרו בתגובה על תלונת הנפגע, יהיה ראוי לצרף את גורמי הביניים לתביעה, וכך להכפיפם להחלטת בית המשפט, שיוכל לצוות עליהם להסיר את התכנים.²⁶⁴ נוסף על כך, אם הנפגע ביקש מגורמי הביניים להסיר את התכנים אך הם נמנעו מלעשות כן, ובבית המשפט התברר כי התכנים הם לשון הרע, גורמי הביניים אחראים **באחריות שילוחית** – אשר קשורה כאמור בטבורה לאחריות הישירה של מפרסם התכנים, ואינה ישירה או מעורבת באופייה²⁶⁵ – ובית המשפט יוכל לחייבם **בסעד של פיצוי הנפגע**.

פתרון זה יכול אף להביא לידי צמצום התפשטות נוספת של הביטוי המזיק, מאחר שלגורמי הביניים יש כלים לנטר את המרחב הדיגיטלי ולאכוף הפרות דין באמצעות האלגוריתם, אף שהם אינם מחויבים לכך על פי דין. תוצאה זו אומנם עלולה להוביל להסרת תכנים לגיטימיים (false positives), אולם כאשר האכיפה האלגוריתמית וולונטרית ומוגבלת להסרת תכנים זהים לחלוטין, לאחר שבית המשפט קבע כי התכנים הם עוולתיים, האפקט המצנן צפוי להיות בדרגה נמוכה יותר. יודגש כי רשימה זו אינה ממליצה לחייב את גורמי הביניים באכיפה אלגוריתמית, אולם מצביעה על כך שזו כבר קיימת ונוהגת הלכה למעשה, ויכולה אף היא לצמצם את נזקיו של פרסום חוזר של תוכן עוולתי במרחב הדיגיטלי.

264 Perel, לעיל ה"ש 177.

265 ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 157–160.

בעניין בכרי לא הקדים מגנאג'י לתביעתו בקשה מפורשת להסרת התכנים מיוטיוב, ואף לא צירף אותה לתביעה.²⁶⁶ לפיכך הצו שהוציא בית המשפט לא כלל איסור של הקרנת הסרט ביוטיוב, ולא הופנה לבעל האתר ולמנהליו. זאת, אף שדווקא בערוץ זה נגישות הסרט גבוהה יותר, בהיות הערוץ המקור העיקרי לצריכת תוכן ותקשורת,²⁶⁷ וכך הוחמזה המטרה של צמצום הנזק מביטוי לשון הרע.

2. הטלת פיצוי על המעלה פרסומי לשון הרע למרחב הדיגיטלי: שינוי הדין באשר לחשיפת גולשים אנונימיים כמפתח לפיצוי הנפגע

גורמי הביניים יכולים להסיר תוכני לשון הרע מהמסדת שבבעלותם או להסיר קישורים לתוצאות חיפוש עוולתיות. אולם, אם גורמי הביניים אכן הסירו את תוכני לשון הרע בעקבות תלונת הנפגע, הוא לא יוכל לזכות מהם בפיצוי. הנפגע יוכל לזכות בפיצוי מהמפרסם בגין הפרסום המקורי, אולם כפי שהוסבר, אין זה ראוי לחייב את המפרסם המקורי בפיצוי בגין פרסום עצמאי מאוחר של צד שלישי, אשר חוזר ומעלה את התוכן. זאת, מאחר שיש גורם שאחראי ישירות לפרסום חוזר של התכנים במרחב הדיגיטלי, אשר מנותק מהפרסום המקורי ושונה ממנו במדיום הפרסום, בקהל היעד, ולעיתים גם בממד הזמן. הגורם שראוי לחייבו בפיצוי הנפגע בגין ההעלאה הוא הפרט שחזר על הפרסום המקורי שכלל לשון הרע בכך שהעלה אותו למרחב הדיגיטלי. אולם בנקודה זו מתקיים לעיתים כשל אכיפתי, מאחר שפעמים רבות גורם זה פועל במרחב הדיגיטלי תחת מעטה של אנונימיות כך שזהותו אינה ידועה, ובמצב זה אי-אפשר להגיש נגדו תביעה. אי-ידיעת זהותו של המעוול היא בעיה בולטת במיוחד בעידן הדיגיטלי, מאחר שהתשתית הטכנולוגית מקילה על מפרסמים להשתתף בזירה הציבורית מבלי שיידרשו להזהרות, ומפרסמים רבים מנצלים זאת לרעה. האנונימיות מפחיתה את עלויותיה של פעילות אנטי-חברתית, מקילה ביצוע עוולות ועברות, ועלולה לשמש כלי להתחמקות מאחריות משפטית וחברתית ולהרחבת נזקי לשון הרע.²⁶⁸

בעידן הדיגיטלי נזקי לשון הרע יכולים להיות עצומים, מאחר שכל אחד יכול לפרסם מה שהוא רוצה על מי שהוא רוצה, וביטוי זה יכול להתפשט ברשת בשבריר שנייה באמצעות שיתופים, להיות מקושר באמצעות קישורים, ואפשר לאתרו במנועי החיפוש. כתוצאה מכך נגישותו של הביטוי העוולתי, נראותו וזמינותו גוברות.²⁶⁹ נוסף על כך, בעידן הדיגיטלי ישויות בינה מלאכותית (AI entities) – המחקות התנהגות תבונית לפי

266 ראו ת"א בכרי, לעיל ה"ש 4, בפס' 258ב. יצוין כי בעניין בכרי, לעיל ה"ש 1, בפס' 69 לפסק הדין של השופט שטיין, בוקרה התנהלותו של המערער דווקא, על כך שלא פנה ליוטיוב בדרישה לחדול מהצגת הסרט.

267 לביקורת ראו גדרון וולובלסקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 133–134.

268 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 220, בעמ' 257.

269 לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 61.

דפוסים שנלמדו ממערכי נתונים רחבים²⁷⁰ – יכולות לפרסם פרסומים בצורה אוטומטית, ואף לשתף פרסומים קיימים ולהגביר את תפוצתם לקהל רחב.²⁷¹ היעדר האחריות תחת מעטה האנונימיות יכול להוביל להגברת נזקיהם של ביטויי לשון הרע לא רק מבחינה כמותית, אלא גם מבחינה איכותית, קרי, במישור של חומרת הביטוי העולתי.

מפרסמי ביטויים ברשת פועלים תחת מעטה האנונימיות מהניעות (מוטיווציות) שונות. חלקן מיועדות לאפשר תכליות חיוביות, וחלקן – שליליות. ככלל, קיימות שש הניעות לפעולה תחת מעטה של אנונימיות.²⁷² ראשית, אנונימיות יכולה לצמצם היחשפות לאחריות פלילית או אזרחית. שנית, אנונימיות מאפשרת הגנה מפני התקפות פיזיות על אדם בשל דעותיו. שלישית, אנונימיות יכולה לצמצם נזק כלכלי לעסקו של אדם בשל דעותיו. רביעית, אנונימיות מאפשרת פרטיות והימנעות מתשומת לב לא רצויה. חמישית, אנונימיות מאפשרת חופש ביטוי ומקדמת התייחסות לתוכן הביטוי או המעשה לגופם, ולא לזהות האדם שעומד מאחוריהם. כך, אנונימיות מאפשרת לדמויות אנונימיות ברשת, דוגמת "אדם גולד", להביע דעות בחופשיות ולנהל דיון לגופו של עניין. נוסף על כך, יהיו שיימנעו מביטוי פוליטי אם זהותם תיחשף, מחשש להתנכלות מצד השלטון, המעסיק או הקהילה, גם אם לביטוי יש ערך אישי וחברתי ניכרים.²⁷³ שישית, האנונימיות מאפשרת כוח והשפעה אשר פעמים רבות לא היו מתאפשרים לאדם הפועל בזהות גלויה.

במקרה של פרסום מובהק של לשון הרע, מטרת האנונימיות היא על פי רוב להתחמק מאחריות. כאשר מפרסם לשון הרע מפרסם תחת מעטה של אנונימיות, הנפגע מההשמצה האנונימית אינו יודע את מי לתבוע, אינו יכול לקבל סעד בגין עלבונו ובגין הפגיעה בכבודו, ואינו יכול לממש את זכותו המהותית לשם טוב.²⁷⁴

פתרון אפשרי לפעולה בניגוד לדין תחת מעטה של אנונימיות הוא חשיפת זהותו של המעוול האנונימי ותביעת פיצוי ממנו. תת-פרק זה יבקש להציע הצעה לשינוי הדין כך שתתאפשר חשיפת זהותו של המעוול האנונימי בצו בית משפט כאשר קיים חשש ממשי שהתוכן שלגביו התבקש הצו מהווה עברה או עוולה לפי חוק איסור לשון הרע. אולם הזכות לאנונימיות היא נגזרת של חופש הביטוי וחלק מהזכות לפרטיות, שהן זכויות

270 לעניין זה ראו לעיל ה"ש 20 והטקסט שלידה.

271 להרחבה ראו לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 130–131; לביא "שיתוף לשון הרע", לעיל ה"ש 20, בעמ' 178.

272 JEFF KOSSEFF, THE UNITED STATES OF ANONYMOUS: HOW THE FIRST AMENDMENT SHAPED ONLINE SPEECH 14 (2022).

273 בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 205, בעמ' 84–85. "אדם גולד" הוא פובליציסט ישראלי שזהותו אינה ידועה ואשר מרבה לבקר את מערכת המשפט הישראלית.

274 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 220, בעמ' 257.

יסוד,²⁷⁵ ועל כן יש לאזן בין הזכות לאנונימיות (כחלק מהזכות לפרטיות ולחופש ביטוי) לבין הזכות לשם טוב.

(א) אנונימיות והזכות לפרטיות

הזכות לפרטיות היא זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,²⁷⁶ והיא מוגנת אף בחוק הגנת הפרטיות. הזכות לפרטיות מקדמת ערכים חשובים. ראשית, פרטיות מקדמת יצירת זהות, מאחר שהיא עוזרת לנו להבין מי אנו ובמה אנו מאמינים. היא מבטיחה את החופש האינטלקטואלי,²⁷⁷ שחשוב לפיתוח הזהות, ומגינה על הפרט מההתבוננות של החברה, הממשלה או הקהילה.²⁷⁸ שנית, פרטיות מבטיחה את החופש הדמוקרטי, מאחר שהיא מצמצמת את הסיכון לסחיטה ולהפליה בהסתמך על מידע שהושג, והיא אף מגינה על יכולתם של האזרחים לתקשר ולקבל מידע בלי חשש.²⁷⁹ ככזו, היא הכרחית לביסוס חופש פוליטי.²⁸⁰ שלישית, פרטיות מאפשרת הגנה כצרכנים וכעובדים. ללא הזכות לפרטיות יסיקו גורמים שונים מסקנות על הפרט, ואף ישפיעו על העדפותיו הצרכניות ועל בחירותיו.²⁸¹ רביעית, הזכות לפרטיות והזכות לאנונימיות כחלק ממנה מביאות לידי העצמה של הפרט, באפשרונו לו את האוטונומיה לשלוט בפרטי זהותו.²⁸² שישית, הזכות לפרטיות מאפשרת לאדם "להיעזב לנפשו",²⁸³ ומגבילה חשיפת מידע אישי שהוא אינו מעוניין למסור על אודותיו.²⁸⁴

275 הזכות לחופש ביטוי היא זכות יסוד. אף שהיא לא עוגנה מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא זכתה בהכרה בפסיקה כחלק מהזכות לכבוד. ראו בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נ(5) 661, פס' 7 לפסק הדין של הנשיא ברק (1997); בג"ץ 2481/93 **דיין נ' וילק**, פ"ד מח(2) 456 (1994). באשר לזכות לפרטיות ראו בירנהק **פרטיות חוקתית**, לעיל ה"ש 205, בעמ' 269 (הטוען בנוגע לס' 7 לחוק יסוד: כבוד האדם, הקובע כי אין פוגעים בפרטיותו של אדם, כי "הגם שהחוק אינו מונה פגיעה באנונימיות כפגיעה בפרטיות, אני סבור שניתן לגזור אותה מחוק היסוד, גם כשהתחולה היא בין גופים פרטיים"). ראו גם שם, בעמ' 372 ("הפרטיות החוקתית חלה גם על אנונימיות של אדם, ומכוחה של הפרטיות החוקתית ראוי לבחון הוספת זכויות נוספות, כמו הזכות להישכח"). במשפט הפרטי הזכות לפרטיות מוגנת בחוק הגנת הפרטיות.

276 ס' 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן את זכותו של אדם לפרטיות ולצנעת חייו.

277 ראו NEIL RICHARDS, INTELLECTUAL PRIVACY—RETHINKING CIVIL LIBERTIES IN THE DIGITAL AGE 11 (2015) (המתייחס לחופש המחשבה ולחופש לקרוא בחופשיות ולתקשר בפרטיות). ראו גם ז'בוטינסקי ולביא, לעיל ה"ש 174, בעמ' 206.

278 NEIL RICHARDS, WHY PRIVACY MATTERS 113, 119 (2021).

279 KOSSEFF, לעיל ה"ש 272, בעמ' 44.

280 RICHARDS, WHY PRIVACY MATTERS, לעיל ה"ש 278, בעמ' 131 ו-147.

281 שם, בעמ' 164; ז'בוטינסקי ולביא, לעיל ה"ש 174.

282 KOSSEFF, לעיל ה"ש 272, בעמ' 3.

283 Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890); DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 15 (2008).

284 עניין **מור**, לעיל ה"ש 17, בפס' 13 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

אנונימיות היא כאמור חלק מהזכות לפרטיות,²⁸⁵ ואפשר לטעון כי חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים פוגעת בזכותם לפרטיות.²⁸⁶ רבים לא יביעו ביטויים ברשת מחשש שזהותם תיחשף והם יהיו מושא להתנכלות, מאחר שדעתם אינה בזרם המרכזי במגזר או בחוגים שבהם הם פעילים.²⁸⁷ זאת, אף אם הביטויים לגיטימיים ויש להם ערך חברתי חשוב.²⁸⁸ הימנעות מביטוי בשל חשש מחשיפה תוביל אף לפגיעה בפיתוח הזהות של המשתמשים בשירותים הדיגיטליים, המתגבשת גם באמצעות ביטוי. החשיפה עלולה לפגוע גם בחופש הדמוקרטי – לדוגמה, כאשר המבקש להתבטא באנונימיות בעניין מסוים שאינו בקונסנזוס בחוג שבו הוא נמצא מעוניין למלא תפקיד ציבורי, וגילוי זהותו עלול לגרום לפגיעה בביסוס כוחו הציבורי.

אכן, ללא האנונימיות תיפגע הזכות לפרטיות, ועל כן אין זה ראוי שמסגרת לחשיפת משתמשים אנונימיים תאפשר חשיפה אוטומטית כמענה לכל בקשת חשיפה. אולם גם הזכות לפרטיות אינה מוחלטת, ונדרשת נקודת איזון ראויה מבחינה נורמטיבית בין הזכויות. נקודת איזון כפי שתוצע בהמשך רשימה זו תפחית את החשש לפגיעה בזכויות המפרסם ואת החשש לצינון ביטוי לגיטימי.

(ב) אנונימיות וחופש ביטוי

הזכות לחופש ביטוי היא זכות יסוד. אף שהיא לא עוגנה מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא זכתה בהכרה בפסיקה כחלק מהזכות לכבוד.²⁸⁹ הזכות לאנונימיות היא נגזרת של חופש הביטוי.²⁹⁰ למעשה, היכולת לשמור על אנונימיות היא לעיתים תנאי לעצם האפשרות או הנכונות להתבטא,²⁹¹ ולעיתים האנונימיות היא אף חלק מהמסר עצמו, ובכוחה לחדד את המסר, לתמוך בו או למנוע העמסת הנחות מסוימות על תוכנו.²⁹² קיים אפוא חשש שהאפשרות לחשוף משתמש אנונימי תצנן שימוש

285 להרחבה בעניין זה ראו לעיל ה"ש 275 והמקורות המאוזכרים שם.

286 עניין מור, לעיל ה"ש 17, בפס' 13 ו-16 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

287 ARI EZRA WALDMAN, PRIVACY AS TRUST: INFORMATION PRIVACY FOR AN INFORMATION AGE 150 (2018).

288 KOSSEFF, לעיל ה"ש 272, בעמ' 14; בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 205, בעמ' 84–85.

289 להרחבה בעניין זה ראו לעיל ה"ש 275 ופסקי הדין המאוזכרים שם.

290 עניין מור, לעיל ה"ש 17, בעמ' 664.

291 שם, בפס' 11 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין ("יש מצבים שבהם אדם שלא יוכל לדבוק באלמוניותו – לא יתבטא כלל. כך, למשל, בשל תחושות אישיות, כמו בושה או מבוכה או בשל לחצים חיצוניים וחששות מפני תגובת הסביבה").

292 ראו עניין מור, לעיל ה"ש 17, בפס' 12 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין ("האנונימיות היא לעיתים חלק מהמסר עצמו. היא נועדה לחדד את המסר, לתמוך בו או למנוע העמסת הנחות מסוימות על תוכנו של הביטוי. טלו מיחיאל די-נור את הפסבדונים 'ק. צטניק' (כינאי לאסיר במחנה ריכוז), ונטלתם מיצירתו חלק חשוב מן המסר. טלו מרומן גארי את שם העט אמיל אד'אר, ומנעתם ממנו את הבחירה להסיר מיצירותיו המאוחרות את המוטיב של יצירותיו המוקדמות"). לדוגמה מן העת האחרונה, הסופרת גיי קיי רולינג בחרה לכתוב תחת שם העט רוברט גלברייט במטרה להפריד בין

באנונימיות לצרכים לגיטימיים, כגון הבעת דעה חופשית שאינה עולה כדי לשון הרע, ותפגע בזכות לחופש ביטוי.²⁹³ אפשר אפוא לטעון כי חשיפת גולשים אנונימיים תפגע בחופש הביטוי של המשתמשים, מאחר שלהגבלת האנונימיות יהיה אפקט מצנן על הביטוי שלהם. מסקנה זו קיבלה משנה תוקף במשפט האמריקני.²⁹⁴ כך, שורה של פסקי דין בארצות הברית הבהירו כי קיימת זכות חוקתית לביטוי אנונימי.²⁹⁵ גם אם נטען כי חשיפת משתמשים מכוונת כלפי ביטוי שאינו מוגן בדיני לשון הרע ולכן מוצדקת, ההבחנה בין ביטוי מוגן לביטוי שאינו מוגן אינה פשוטה, גם כאשר כל הראיות כבר גלויות. קל וחומר שבשלב שבו זהות הנתבע אינה ידועה והוא טרם פרש את טענות ההגנה שלו לפני בית המשפט, לא יוכל בית המשפט להכריע אם קמה אחריות ללשון הרע, והוא עלול לחשוף זהותם של מפרסמים שהשתמשו באנונימיות לתכליות חיוביות שאינן בגדר שימוש לרעה באנונימיות כדי לחמוק מאחריות.²⁹⁶

עבודותיה השונות ולנסות לפנות לקהל קוראים חדש מבלי לחשוף את זהותה המוכרת. זאת, מאחר שהמסר ייקרא אחרת ותינתן לו פרשנות שונה אם הוא יקושר למחברת של סדרת ספרי הילדים "הארי פוטר". ראו Liz Bury, *JK Rowling Tells Story of Alter Ego Robert Galbraith*, THE GUARDIAN (July 24, 2013), <https://did.li/mNlx5> ("The decision to choose a male pseudonym was driven by a desire to 'take my writing persona as far away as possible from me'").

כך, למשל, אדם שאינו רוצה להיות מזוהה עם מטרה פוליטית כזו או אחרת (הפלות בארצות הברית, לדוגמה, בפרט לאחר הפסיקה שהעבירה את הכוח להסדיר את נושא ההפלות לרמה המדינתית) זקוק לאנונימיות על מנת לתמוך בחופשיות ובלי חשש בפעילות הפוליטית שהוא מזוהה איתה.

KOSSEFF, לעיל ה"ש 272, בעמ' 3 ("Anonymity is deeply rooted in the constitutional values (and social norms of the United States)". ראו דיון גם בהקשר משיק של מצלמות זיהוי משטרתיות ופגיעה בזכות לאנונימיות: Julian R. Murphy, *Chilling: The Constitutional Implications of Body-Worn Cameras and Facial Recognition Technology at Public Protests*, 75 WASH. & LEE L. REV. 1, 25–27 (2018)).

KOSSEFF, לעיל ה"ש 272, בעמ' 49–50. בשורה של פסקי דין שהתמקדו בביטוי פוליטי ובביטוי בנושאי דת נקבע כי הזכות לאנונימיות היא זכות חוקתית. ראו, לדוגמה, Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960) (שם ביטל בית המשפט העליון האמריקני צו של העיר לוס אנג'לס שאסר באופן גורף חלוקת עלונים שאינם כוללים את השם והכתובת של האדם שהם הוכנו עבורו); McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334 (1995) (שם ביטל בית המשפט העליון האמריקני חוק באוהיו שאסר קמפיין אנונימי – בית המשפט קבע כי חוק כזה מפר את התיקון הראשון לחוקה האמריקנית ואינו חוקתי). ראו גם Buckley v. Am. Constitutional Law Found., Inc., 525 U.S. 182, 198–200, 204 (1999); Watchtower Bible & Tract Soc'y v. Vill. of Stratton, 536 U.S. 150, 160, 166–169 (2002).

גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 220, בעמ' 269–270 ("...בשלב בקשת החשיפה, לא כל העובדות מצויות לפנינו ובמרבית המקרים אי-אפשר להכריע לגופו של עניין בשאלת קיומה של עוולת לשון הרע. כך, בתנאי מידע חלקי נדרש איוון בין זכותו של אדם לחופש ביטוי אנונימי ובין זכותו של אדם הטוען לפגיעה בשמו הטוב, וזאת תוך צמצום בקשות סרק שיביאו להשתקה ול'אפקט מצנן' על הביטוי").

אולם גם הזכות לחופש ביטוי אינה מוחלטת, ואינה בגדר רישיון חופשי להשתמש בה לרעה כדי לפרסם לשון הרע. השאלה היא שאלה של איזון בין זכות המפרסם לחופש ביטוי לבין זכויותיו של הנפגע, אשר גם לו, כפי שכבר צוין, עומדת הזכות לחופש ביטוי.²⁹⁷ במרחב המקוון, ללא הסדר לחשיפת משתמשים אנונימיים, איסור לשון הרע עלול להיות מרוקן מתוכן,²⁹⁸ וזכויות הנפגע עלולות להיפגע בצורה לא מידתית. זאת, מאחר שלא זו בלבד שהנפגע יישאר ללא סעד, גם הפגיעה בשמו הטוב עלולה להיות חמורה בהרבה מפגיעתו של פרסום מחוץ למרחב המקוון, לנוכח אפשרויות הפרסום וההפצה המהירות בעידן הדיגיטלי, אשר יכולות להביא לידי כך שביטוי שמתפרסם ברשת יתפשט לתפוצה רחבה בשבריר שנייה.²⁹⁹

הסדר לחשיפת מפרסמים אנונימיים במסגרת הדין מוצדק כיום יותר מתמיד. פרסום והפצה של ביטויים על ידי ישויות בינה מלאכותית, כפי שנראה מיד, משנים את ההצדקות לזכות לחופש ביטוי. כך, אף שאין זה ראוי להביא לידי חשיפה אוטומטית בתגובה על כל בקשה לחשיפה, ראוי להתוות מסגרת מאוזנת לחשיפת משתמשים אנונימיים. מסגרת כאמור נתמכת בהצדקות כבדות משקל, והאיזונים במסגרתה יפחיתו את החשש לפגיעה לא מידתית בזכויות המפרסם ואת החשש לצינון לא מידתי של ביטוי.

(1) הזכות לחופש ביטוי וישויות בינה מלאכותית

כפי שצוין, ביטויי לשון הרע במרחב הדיגיטלי יכולים להסב נזקים כבדים בשל התפשטות הביטוי לתפוצה רחבה. התפשטות זו מתרחשת בשל מאפייני המרחב הדיגיטלי, אשר מאפשרים לכל אחד לפרסם ולשתף ביטויים במדיה דיגיטלית בלחיצת כפתור, לעיתים בלי שום מחשבה רפלקטיבית. נזקים אלו מתגברים לנוכח טכנולוגיות חדשות המאפשרות לאלגוריתמים של בינה מלאכותית לפרסם ולשתף ביטויים באופן אוטומטי לקהל רחב ובמהירות מסחררת. האפשרות להפיץ ביטויים על ידי אלגוריתמים שאינם אנושיים מובילה לחשיבה מחודשת על הרציונלים לחופש הביטוי. מעבר לנזק ישויות אלו גורמות, זכותן של ישויות אלו לחופש ביטוי מוטלת בספק, ויש לכך השלכות על האיזונים במרחב המקוון בכללותם. זאת, מאחר שאף אם גורם אנושי פרסם את הביטוי, גורמים אלו יכולים לשתף אותו באופן אוטומטי לקהל רחב, ולהשפיע על היקף נזקיו ועל כל תשתית הביטוי במרחב המקוון. בחלק זה אתייחס אפוא לרציונלים של חופש הביטוי, לתחולתם על ישויות בינה מלאכותית ולזכויות באשר לביטוי שנוצר על ידי אלגוריתם.

297 להרחבה בעניין חופש הביטוי של הנפגע ראו לעיל ה"ש 111–115 והטקסט שלידן.

298 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 220, בעמ' 279.

299 על הנזקים של התפשטות שמועות והפצתן במרחב הדיגיטלי ראו לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7; לביא "שיתוף לשון הרע", לעיל ה"ש 7; לביא "ביוש לנזק?", לעיל ה"ש 5.

תאוריות מרכזיות המצדיקות את הזכות לחופש הביטוי כוללות הגנה על האוטונומיה של הפרט ועל מימושו העצמי;³⁰⁰ שוק חופשי של רעיונות, אשר מאפשר את חקר האמת;³⁰¹ וקידום הדמוקרטיה.³⁰² חופש הביטוי מקדם דיון ציבורי מודע בסוגיות ציבוריות שחיוניות לשלטון עצמי. גרסה אחרת של רציונל זה היא שחופש הביטוי מגן על השתתפות ציבורית והפצה של דעות, אשר חיוניות להפעלת כוחו של הציבור כדי למנוע ניצול לרעה של הכוח הציבורי.³⁰³ ככלל, אפשר לטעון שהאפשרות לחשוף משתמשים אנונימיים עלולה לפגוע בחופש הביטוי של המפרסם ולשבש חילופי מידע בשוק הרעיונות והשתתפות ציבורית. אולם פרסום והפצה של רעיונות על ידי ישויות בינה מלאכותית משנים למעשה את טבעו של הביטוי ואת טבעו של הנזק. לפיכך, במסגרת בחינתם של שיקולי חופש הביטוי יש להביא בחשבון את המאפיינים של העידן הדיגיטלי, ובמיוחד של חברת האלגוריתמים,³⁰⁴ מאחר שפרסום והפצה של מידע על ידי אלגוריתמים של בינה מלאכותית עלולים לפגוע באותם ערכים שהזכות לחופש הביטוי באה לקדם.

ראשית, פרסום והפצה של תכנים על ידי ישויות בינה מלאכותית בהעדר שקיפות עלולים לפגוע ביכולת לקבל החלטות מודעות ולהעריך את משקלו של המידע, וכך לפגוע באוטונומיה של כל פרט ופרט בקהל הנחשף לביטוי. **שנית**, פרסום והפצה של ביטוי באמצעות אלגוריתמים של בינה מלאכותית מאפשרים חזרה על רעיונות והגעה לקהל נרחב הרבה יותר לעומת ביטוי המופץ על ידי האדם הממוצע. השוני הכמותי פוגע בתחרות החופשית בשוק הרעיונות, מאחר שהוא מעודד שכפול של ביטוי שתופס את תשומת הלב.³⁰⁵ שוק הרעיונות אינו עובד בצורה מיטבית כאשר אלגוריתמים מקדמים דעות מוטות ויוצרים גישה לא שוויונית למידע.³⁰⁶ תחת מודל של הפצה אלגוריתמית, התכנים המופצים באופן אוטומטי גוברים מבחינה כמותית ומקבלים תשומת לב רבה יותר. כאשר מופצים שקרים באמצעות אלגוריתמים, הסיכוי שהאמת תגבר על השקר

Joseph Raz, *Free Expression and Personal Identification*, OXFORD J. LEGAL STUD. 303, 300
311–316 (1991).

JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 5–9 (4th ed. 1869) 301

ראו Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 1259 (המתייחס ל- ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF (THE PEOPLE) (1960).

שם. 303

לעניין חברת האלגוריתמים ראו לעיל ה"ש 19. 304

ראו Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 1262 "First, as) 1262 the speed and scale of speech increases, and competition for scarce human attention dominates discourse, we have much less reason to believe that knowledge will spread widely, and that truth will win out over falsehood" (widely, and that truth will win out over falsehood" עליהם פעמים רבות ראו לביא "שיתוף לשון הרע", לעיל ה"ש 7, בעמ' 181. 305

Michal Lavi, *Targeting Exceptions*, 32 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 65, 306
133 (2021).

פוחת, ומופרת התחרות החופשית בשוק הרעיונות.³⁰⁷ **שלישית**, פרסום והפצה על ידי ישויות בינה מלאכותית פוגעים בגיוונו של התוכן שקהל היעד נחשף אליו, ומכיוון שהקשב של פרטים מוגבל, הם יימנעו מחיפוש מידע נוסף מעבר לביטוי האלגוריתמי. כך נשחקת הדמוקרטיה, בפרט כאשר אין שקיפות באשר לעובדה שהביטוי הוא ביטוי מכונה (machine speech) אשר מפורסם או מופץ על ידי אלגוריתמים. גם אם ביטוי מכונה משרת את זכות הציבור לקבל מידע, גישה מבוססת קהל מאפשרת אסדרה של ביטוי כאשר לדוברים יש כוח רב והביטוי שלהם עלול לסכל את האוטונומיה או השלטון העצמי של קהל היעד, וזה המצב במקרה של הפצה אלגוריתמית.³⁰⁸ נוסף על כך, הטלת אחריות במקרה של פרסום והפצה אלגוריתמית פוגעת במידה פחותה בחופש הביטוי של קהל היעד ובזכותו לקבל מידע, וחשיפת הגורם העומד מאחורי ביטוי זה דווקא מקדמת את הזכות לקבל מידע ומגדילה את המידע שבידם.

באשר לזכות לחופש ביטוי של ישות בינה מלאכותית, אף אם ביטוי מכונה חוסה תחת חופש הביטוי, כפי שסברו מלומדים,³⁰⁹ ספרות ענפה הגיעה למסקנה כי ישויות אלו אינן אמורות ליהנות מאותה דרגה של חופש ביטוי כמו בני אנוש, וכי זכותם לחופש ביטוי היא משנית, ככל שהיא קיימת בכלל.³¹⁰ מלומדים אחרים סברו כי פרסום המופק על ידי בינה מלאכותית אינו ביטוי כלל, מאחר שלא לגוריתם עצמו אין כוונה לתקשר או ידיעה מה מהות התוכן שהוא מפרסם או משתף.³¹¹ האלגוריתם אינו אנושי, ולכן רציונל האוטונומיה של הדובר אינו תקף לגביו באותה מידה כמו לגבי בן אנוש. ביטוי מכונה אף אינו מקדם את שוק הרעיונות, אלא עלול דווקא להביא לידי פגיעה בתחרות בו, עקב הפצה רחבה של רעיונות מסוימים ופגיעה בנראותם של רעיונות אחרים.³¹² דעה

³⁰⁷ Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 1262.
³⁰⁸ Helen Norton, *Powerful Speakers and Their Listeners*, 90 U. COLO. L. REV. 441, 443, 451 (2019); Helen Norton, *Manipulation and the First Amendment*, 30 WM. & MARY BILL RTS. J. 221, 229 (2021).
³⁰⁹ Eugene Volokh, Mark A. Lemley & Peter Henderson, *Freedom of Speech and AI Output*, 3 J. FREE SPEECH L. 651, 653 (2023).
³¹⁰ Cortez & Sage, לעיל ה"ש 21, בעמ' 710 ("[C]ourts return to the original justification for covering commercial speech—protecting the interests of human consumers and listeners—and abandon later justifications that look to the interests of non-human speakers or the 'Free speech' (value of information for its own sake)"; PASQUALE, לעיל ה"ש 21, בעמ' 109 ("Free speech protections are for people, and only secondarily (if at all) for software, algorithms, and (artificial intelligence)").
³¹¹ Karl M. Manheim & Jeffery Atik, *White Paper: AI Outputs and the First Amendment*, 2–3 (Loy. L. Sch., Legal Stud. Paper No. 2023-20, 2023), <https://ssrn.com/abstract=4524263>.
³¹² Dan L. Burk, *Asemic Defamation, or, The Death of the AI Speaker*, 22 FIRST AMEND. L. REV. 189, 191 (2024) ("This leads me to question whether the texts generated by LLMs [=Large Language Models] are candidates for First Amendment treatment at all because they are unlikely to constitute speech for First Amendment purposes").
 Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 1271.

קיצונית אף יותר גורסת כי ביטוי מכונה אינו מקדם את שוק הרעיונות מאחר שלא לגוריתם אין רעיונות משל עצמו,³¹³ ואף אם הוא יכול ליצור אצל הנחשפים אליו גירוי ליצירת רעיונות, ספק אם אינטרס כזה יכול לעלות לדרגה של זכות חוקתית, בעיקר כאשר מאחורי הביטוי אין דובר שיש לו כוונה.³¹⁴

ביטוי שנוצר על ידי אלגוריתם של בינה מלאכותית אינו אפוא בליבת חופש הביטוי, ומתן הגנה רחבה לביטויים אלו יהא בגדר צעד מרחיק לכת.³¹⁵ יצוין כי בארץ, בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **עדאלה**,³¹⁶ סבר השופט מלצר כי ישויות בינה מלאכותית שיוצרות ביטויים אינן נהנות מזכויות אדם כלל.³¹⁷ בכך אימץ בית המשפט העליון את הגישה המצמצמת בספרות באשר לזכויות בנוגע לביטוי מכונה.

פרסום והפצה של ביטויים על ידי אלגוריתמים של בינה מלאכותית משנים אם כן את האזון בין הזכויות במרחב הדיגיטלי, ומהווים שיקול נוסף לאפשר חשיפת משתמשים מעוולים אנונימיים, מאחר שישויות אלגוריתמיות יכולות להגביר נזקים של ביטוי לשון הרע לאין ערוך, ומאידך גיסא אינן מקדמות את הרציונלים שבבסיס הזכות לחופש הביטוי כמו ביטוי שנוצר ומופץ על ידי בן אנוש. פרסום והפצה של ביטויים באמצעות אלגוריתמים משנים את כללי המשחק ומשפיעים על זרימת המידע במרשתת. כך, פרסום והפצה באמצעות ישויות בינה מלאכותית הם הצדקה נוספת לחשיפת משתמשים אנונימיים.

313 Manheim & Atik, לעיל ה"ש 311, בעמ' 6.

314 שם, בעמ' 7. לאחרונה הביע גם דן בורק את דעתו כי העובדה שהנחשפים לביטוי מכונה מייחסים לו משמעות אין בה כשלעצמה כדי להקנות לו מעמד של ביטוי מוגן. ראו Burk, לעיל ה"ש 311, בעמ' 189. מסיבה זו הציעו לאחרונה איאן איירס וג'ק בלקין להכפיף את פעולות הבינה המלאכותית לסטנדרטים אובייקטיביים, גם במקרים שבהם החוק דורש יסוד של כוונה, מאחר שתוכנות AI אינן מפעילות אוטונומיה אישית או חירות פוליטית, ואחריות לא תביא לידי צינון ביטוי מכונה, בשונה מהשלכותיה המצננות של האחריות על ביטוי אנושי. ראו Ian Ayres & Jack M. Balkin, *The Law of AI Is the Law of Risky Agents Without Intentions*, U. CHI. L. REV. ONLINE *5, <https://did.li/DPb6q> ("These arguments for subjective standards do not apply to artificial intelligence programs. The programs that we have today exercise neither individual autonomy nor political liberty. Moreover, AI is not chilled from expressing itself...").

315 ראו לעיל ה"ש 310.

316 ראו עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 8.

317 שם, בפס' 31 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר ("אין זכויות אדם ליצגנים ולרובוטים [=בוטים], מה גם שחלק מאותם רובוטים אפילו לא מופעלים על-ידי בני אנוש מאחוריהם, אלא על-ידי אינטליגנציה מלאכותית" (ההדגשה במקור)).

(ג) חשיפת משתמשים אנונימיים בפסיקה

(1) פסק דין מור – הימנעות מלהורות על חשיפה בהעדר מסגרת דיונית ולנוכח חשיבותה של הזכות לאנונימיות

בעניין מור הדגיש בית המשפט העליון את חשיבותה של האנונימיות כנגזרת של פרטיות וחופש ביטוי.³¹⁸ המשנה לנשיאה ריבלין הציג גישה מחמירה לחשיפה. לגישתו, הזכות לאנונימיות נשענת על הזכות לחופש הביטוי והזכות לפרטיות.³¹⁹ התערבות משפטית שתאפשר את חשיפתם של שמות המשתמשים תפגע בפרטיותם, תשפיע על נכונותם להתבטא ותוליד אפקט מצנן על ביטוי. לגישתו של ריבלין, ראוי לשמר את מקלטי האנונימיות כחלק מתרבות הגלישה במרשתת. בהעדר מסגרת דיונית הולמת כיום במשפט האזרחי למתן צו לחשיפת זהותו של גולש אנונימי משמין במרשתת,³²⁰ נמנע בית המשפט מלהורות על חשיפה.³²¹ השופט א"א לוי הצטרף לדעתו של המשנה לנשיאה ריבלין.

בדעת המיעוט הציג השופט רובינשטיין גישה מקילה יותר לחשיפה. לגישתו, האנונימיות היא תוצאה של האפשרויות הטכנולוגיות הגלומות במרשתת, ואין לייחס לה משקל רב כשלעצמה. בפרט, אסור שהיא תיהפך למפלטו של הנבל.³²² לנוכח זאת, ספקיות השירות והאירוח והלקוחות צריכים להיות מודעים לכך שהספקית עשויה להיות מחויבת למסור את המידע שברשותה, ודי בעילה טובה לפי האיזונים המקובלים בדין להביא לידי חשיפה. לפי גישה זו, האפקט המצנן שעלול להיגרם מאימוץ הסדר זה הוא שולי, ואינו צריך להשפיע על האיזונים שנקטו בדיני לשון הרע במשך שנים רבות. בפסק הדין נפסק אם כן בדעת רוב כי בהעדר מסגרת דיונית הולמת כיום במשפט האזרחי למתן צו לחשיפת זהותו של גולש אנונימי משמין במרשתת, לא יינתן צו לחשיפת זהות. בתי משפט נוספים קבעו בהמשך כי הלכת מור עומדת על כנה.³²³

318 עניין מור, לעיל ה"ש 17; בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 205, בעמ' 84–85.

319 עניין מור, לעיל ה"ש 17, בפס' 11–16 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו גם גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 220, בעמ' 269.

320 יצוין כי הקביעה בעניין מור אינה חלה על ביטוי שהוא עברה פלילית. בעניינים פליליים לרשויות האכיפה יש סמכויות חקירה ובדיקה, והעדר הליך בהקשר האזרחי אינו מסכל חקירה פלילית. עניין מור, לעיל ה"ש 17, בפס' 36 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין; שם, בפס' יד לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

321 ראו עניין מור, לעיל ה"ש 17, בפס' 23 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. להרחבה ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 220, בעמ' 257–259.

322 עניין מור, לעיל ה"ש 17, בפס' יא –ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

323 ראו גם בג"ץ 589/17 פלוגית נ' הכנסת (אר"ש 26.1.2017); ת"א 40129-09-21 כהן נ' google inc 2 (אר"ש 26.4.2023) ("...הלכת מור נותרה על מכונה, וכל עוד אין דבר חקיקה הקובע מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, אין 'להמציא' מסגרת כזו ב'חקיקה שיפוטית'").

(2) כרסום בהיקף הזכות לאנונימיות ובקביעת בית המשפט בעניין מור

בהקשרים מסוימים חל כרסום בקביעת בית המשפט בפסק דין מור, שנדון לעיל. לדוגמה, בפסק הדין בעניין דהרי³²⁴ קבע בית משפט השלום כי אפשר לחשוף ספק אנונימי שהפיץ ביטוי מסחרי פרסומי (ספאם) לפי סעיף 30א(א) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, וזאת מאחר שהזכות לשווק סחורה אינה חלק מחופש הביטוי במובנו הערכי. כמו כן, לאחרונה ביקש בית המשפט להתאים את הקביעות בפסק דין מור לחשיפה מחוץ למרחב המקוון. בפרשת ווינד קבע בית משפט השלום כי אין סמכות לחייב את חברת השכרת הגלינועים (קורקינטים) Wind לחשוף פרטי משתמשת בגלינוע שפגעה ברכב וצולמה במצלמת הרכב. אולם השופט הימן קרא למחוקק להסדיר הליך שיאפשר לבתי המשפט לחייב מסירה של פרטי צד שלישי במקרים כאלה.³²⁵ החלטה זו נהפכה לאחרונה בבית המשפט המחוזי,³²⁶ אשר קבע כי "הסיטואציה שונה מהותית מן הסוגיה שעמדה לפני בית המשפט בעניין מור. שם, הגולש הביע בצורה ברורה ומובהקת את רצונו לשמור על אנונימיות".³²⁷ לעומת זאת, בעניין ווינד שוכר הגלינוע ממילא מוסר את פרטיו לחברה בעת ההשכרה, ובתנאי השימוש מובהר לו כי המידע יועבר או ייעשה בו שימוש בעת תאונה, כך שחשיפת שם השוכר אינה פוגעת בחופש הביטוי. פסק הדין הבחין בין חשיפת כתובות IP של מי שהזדהה לכתחילה באופן אנונימי ולא מסר את פרטיו, כפי שנדונה בעניין מור, לבין חשיפת פרטים שנמסרו מרצון חופשי.

בעניין טלור³²⁸ עסק פסק הדין במסרונים. באותו עניין הגיש יועצו הפוליטי של ראש הממשלה בקשה לצו קבלת מידע מהנתבעת לגילוי פרטים שיאפשרו את חשיפת הגורם העומד מאחורי מסרונים המתייחסים אליו. מסרונים אלו הציגו אותו כמי שהדליף מידע מתוך שיחות סגורות, ובכך הכפישו את שמו. הנתבעת הותירה את ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט. בית המשפט קיבל את התביעה, בקובעו כי מדובר באינטרס ציבורי מובהק בבירור זהותו של מזיק אנונימי בנסיבות שבהן מסתבר שקיימת עילת תביעה טובה,³²⁹ וכי החשיפה נדרשת לצורך ניהול הליך משפטי נגד המזיק. נקבע כי בבסיס השיקולים שיש לשקול עומדת זכות הגישה לערכאות. להבדיל מעניין מור, במקרה זה המזיק, שזהותו אינה ידועה, לא הגדיר בעצם ההתקשרות עם הנתבעת רצון לאנונימיות, שכן במסגרת אותה התקשרות הוא מסר לה את פרטיו. עיון בתוכן המסרונים מעלה כי אלה מקימים לתובע עילת תביעה לפי חוק איסור לשון הרע. עוד הבחין בית המשפט בין ביטוי שעל פני הדברים הוא ביקורת והבעת דעה לבין ביטוי

324 עניין דהרי, לעיל ה"ש 8.

325 ת"א ווינד, לעיל ה"ש 8.

326 ע"א ווינד, לעיל ה"ש 8.

327 שם, בפס' 11.

328 עניין טלור, לעיל ה"ש 8.

329 שם, בפס' 14.

שמטרתו היא לפגוע בשמו הטוב של אדם ולהכפישו, תוך שימוש לרעה באנונימיות לשם הבעת לשון הרע:

"...בעוד שבעניין מור נפסק כי אנונימיות בהקשר של ביקורת והבעת דעה היא אינטרס בעל ערך הראוי להגנה במישור החוקתי תחת הערך של חופש הביטוי, הרי שאנונימיות בהקשר של פגיעה בשם הטוב, ברכוש, בגוף ואף בהקשר של משלוח דברי פרסומת שיווקיים – אינה מהווה ערך ראוי להגנה במישור החוקתי ואין הצדקה לצמצם בשמה את זכות הגישה לערכאות והזכות לניהול הליך משפטי תקין והוגן.

אל לו לבית המשפט, כמי שאחראי על עשיית צדק וכן על השתתת נורמות חברתיות, לאפשר שימוש לרעה ובחוסר תום לב בזכות לפרטיות ולאנונימיות ככל ושימוש זה נועד לביצוע עוולות כלפי הפרט".³³⁰

יצוין כי הגבול בין הבעת דעה ללשון הרע יכול להיות אפור, ולשם בירור שאלה זו יש להיכנס לסוגיית ההגנות. כך, פסק הדין בעניין טלזר, אשר מנסה לבדל את עצמו מעניין מור, יוצר למעשה סדקים בהלכה זו.

פסק הדין בעניין אלצאנע³³¹ מהווה כרסום נוסף בזכות לאנונימיות. באותו עניין הגישה התובעת בקשה לצו שיוורה לטיקטוק לחשוף את פרטיו של משתמש אשר הכפיש את שמה. טיקטוק הותירה את ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט. הנתבעת שלחה הודעות דוא"ל למשתמש שבהן עדכנה אותו בדבר הגשת התביעה והאפשרות להתנגד לצו, אולם קיבלה הודעת שגיאה. בבית המשפט המחוזי בתל אביב קבע השופט דפדי כי אף שאין לדעת אם ההודעה על הגשת הבקשה לחשיפת הפרטים התקבלה אצל המשתמש, יש לראות בהתנהלותו משום ויתור על זכות השימוע שניתנה לו, מאחר שהוא לא שמר על תיבת דוא"ל פעילה ליצירת קשר עימו. היה על המשתמש לצפות כי לנוכח פרסומיו, אשר על פני הדברים נראים כלשון הרע, ייתכן שהתובעת תבקש לחשוף את פרטיו. נקבע כי על הנתבעת להמציא לתובעת את פרטי המידע של המשתמש המצויים ברשותה. לסיום העיר בית המשפט כי לצורך יצירת ודאות ראוי שהנושא של פרסום וגילוי זהותו של משתמש אנונימי יוסדר בחקיקה.³³²

פסק הדין מתמקד בזכות השימוע שניתנה למשתמש באמצעות ההודעה שנמסרה לו על התביעה, ובוותורו על הזכות שניתנה לו, המתבטא בחוסר מענה, אף אם ההודעה לא הגיעה אליו. פסק הדין מטיל בכך חובה על כל משתמש להיות זמין במען שהוא מספק, שאם לא כן ייחשב הדבר כוויתור שלו על זכות השימוע. זאת, אף שמסדות רבות אינן דורשות מען פיזי או אלקטרוני של משתמשיהן.

330 שם, בפס' 21–22.

331 עניין אלצאנע, לעיל ה"ש 8.

332 שם, בפס' 19.

לאחרונה, בעניין **אבישר**,³³³ אפשר בית המשפט המחוזי בחיפה כרסום נוסף בקביעות שבפסק דין **מור**, בהטילו אחריות בגין פרסומי לשון הרע מבלי להצטרך לחשיפת הגולש האנונימי שפרסם את הדברים. השופט רניאל הטיל אחריות על הנתבע אף שפרסם את ההכפשות מפרופילים אנונימיים, מאחר שאוסף של ראיות נסיבתיות הצביעו עליו כאחראי לאותו קמפיין של הכפשות שנוהל נגד התובע. השופט רניאל אף הביע עמדה מרחיקת לכת באשר לביטוי האנונימי, אשר שונה מהעמדה הרווחת בארץ ובארצות הברית, בציינו כי –

“לפרופילים פיקטיביים אין חופש ביטוי. הם לא שחקנים לגיטימיים במרחב הציבורי. אין מה להתווכח אתם ואין אפשרות לשכנע אותם בצדקת דרכך. אדם המפרסם את דעותיו באמצעות פרופילים פיקטיביים מעיד על עצמו שהוא רואה לנכון שלא לעמוד מאחורי עמדותיו במרחב הציבורי אלא להסתתר. מי שנוקט פעולות הסתרה מבין שמה שהוא עושה מוטב להסתיר, משום שאינו לגיטימי. תום לב אין כאן.”³³⁴

קביעת פסק הדין כי לפרופיל פיקטיבי אין זכות לחופש ביטוי היא מרחיקת לכת, לנוכח חשיבותה של הזכות לאנונימיות למימוש חופש הביטוי והיותה חלק מחופש הביטוי. נוסף על כך, קביעות בית המשפט אינן מדייקות במהות הזכות לאנונימיות, לנוכח העובדה שהסתרת הזהות באמצעות האנונימיות אינה באה בהכרח לשם הסתרה של מעשה לא לגיטימי או חוסר תום לב. כפי שהוסבר לעיל, לאנונימיות ככלל, ובענייננו לביטוי באמצעות פרופילים פיקטיביים, יכולות להיות הנזקות שונות. במקרים רבים הסתרת הזהות אינה נובעת מהעדר תום לב, אלא מקדמת תכליות חיוביות.³³⁵ בעניין **זלצמן**³³⁶ נתבעה פייסבוק (מטא) למסור לתובעים פרטי משתמשים המפעילים טענות פרופילים פיקטיביים. התביעה נדחתה מאחר שהתובעים לא הציגו עילה לכאורה למסירת פרטי המשתמשים,³³⁷ אולם בית המשפט לא שלל חשיפה בנסיבות אחרות בעקבות שחיקת הקביעות בעניין **מור** לאורך השנים.³³⁸ פסקי הדין בפרשות **דהרי**, **ווינר**, **טלזר** ו**אלצאנע**, אשר צמצמו את היקף תחולתו של פסק דין **מור**, וההכרה בצמצום זה בעניין **זלצמן**, מסמנים מגמה שתוביל בהמשך לסטייה מהלכת **מור** ולהגדרה מחודשת בעתיד – בחקיקה או בפסיקה – של גבולות הזכות לאנונימיות.

333 עניין **אבישר**, לעיל ה"ש 8.

334 שם, בפס' 149.

335 ראו לעיל ה"ש 272–273 והטקסט שלידין. כן ראו DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE

FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY (2011).

336 ת"א (מחוזי ח"י) 9656-01-23 **זלצמן נ' Meta Platforms Inc** (אר"ש 5.2.2024).

337 שם, בפס' 18.

338 שם, בפס' 9.

(ד) הצעות חוק שהוצעו בעניין חשיפת משתמשים אנונימיים

בעקבות פסק דין מור הוצעו במהלך השנים הצעות חוק לחשיפת גולשים מעוולים אנונימיים באמצעות צווים אשר יורו למתווכי התוכן (אתרי המרשתת) לחשוף את כתובת ה-IP שממנה פרסם המשתמש המעוול ביטוי לשון הרע, ויחייבו את ספקי שירותי הגישה לגלות למי ממשתמשיהם משויכת אותה כתובת IP.³³⁹

ראשית, סמוך למתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין מור הציע חבר הכנסת זבולון אורלב הצעת חוק שכללה הוספת סעיף לחוק איסור לשון הרע שלפיו "אדם הסבור כי מידע שהופץ ברשת האינטרנט הכיל לשון הרע עליו, רשאי להגיש המרצת פתיחה נגד ספק שירותי האינטרנט המחזיק בפרטי המפיץ בבקשה שיחשוף את זהותו של מפיץ המידע... [ואם בית המשפט סבור] כי קיים חשש של ממש שתוכנו של המידע שהופץ מכיל לשון הרע... [הוא] יורה לספק שירותי האינטרנט להעביר את פרטי המפיץ לבית המשפט לצורך עיונו באלה".³⁴⁰ הצעה זו מתווה רף גבוה לחשיפה – חשש של ממש – אולם בשונה מההצעות שייסקרו בהמשך חלק זה, היא אינה כוללת הליך של פנייה למפרסם כדי לאפשר לו לטעון את טענותיו ולהתנגד לחשיפה.

בשנת 2011 הוגשה הצעה נוספת לחשיפת גולשים מעוולים,³⁴¹ שבה הרף לחשיפה נראה נמוך יותר מחשש של ממש, אולם נכלל בה גם מנגנון הודעה של ספק השירות למנוי (המשתמש האנונימי) על דבר הבקשה למסור את פרטיו. המנוי יוכל להודיע לבית המשפט על התנגדותו למסירת פרטיו מבלי לחשוף את זהותו. ההצעה קובעת כי אם הוכח להנחת דעתו של בית המשפט כי בקשת החשיפה הוגשה כדי לאפשר למבקש לנהל הליך משפטי נגד המנוי או למצות את זכויותיו כלפיו, וכי "...על בסיס ראיות מהימנות לכאורה שהציג המבקש, התוכן שלגביו הוגשה הבקשה עלול להוות עוולה כלפי המבקש או הפרת זכות קניין רוחני שלו, או שהוא רשאי לפי דין להגיש תובענה בשלה, רשאי הוא להורות על מסירת פרטי המידע של המנוי".³⁴²

מתווה נוסף לחשיפת גולשים הוצע כחלק מהצעת חוק מסחר אלקטרוני (2011). ההצעה כוללת מנגנון של הודעה למפרסם על כוונת המתווך להסיר את התוכן המשמין לפי נוהל "הודעה והסרה",³⁴³ אולם היא אינה כוללת מנגנון כזה באשר לחשיפת זהותו של המפרסם. באשר לחשיפה כאמור נקבע בהצעה כי אם "הוכח להנחת דעתו של בית משפט כי קיים חשש של ממש שתוכנו של מידע שהועלה לרשת תקשורת אלקטרונית או הפצתו ברשת כאמור, מהווים עוולה כלפי אדם או הפרת זכות קניין רוחני שלו, רשאי הוא, על פי בקשת אותו אדם, להורות לספק שירותי אינטרנט המספק שירות גישה או

339 לעניין הליך החשיפה ראו מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב' 51, 59–62 (2010).

340 ס' 9א להצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מעוול), התשע"ז-2010, פ/2476/18/18 (ההדגשה הוספה).

341 הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2011, ה"ח הכנסת 36.

342 שם, בס' 7(ב) (ההדגשה הוספה).

343 ס' 10א(3)(א) להצעת חוק מסחר אלקטרוני (2011).

שירות אירוח, למסור למבקש פרטים שברשותו שיש בהם כדי לזהות את מפיץ המידע.³⁴⁴ ההצעה מאמצת אם כן רף גבוה בדמות חשש של ממש להפרת דין. בשנים האחרונות חזר הנושא של חשיפת משתמשים אנונימיים לסדר היום, והוגשו כמה הצעות חוק זהות בעניין זה.³⁴⁵ האחרונה היא הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית), התשפ"ג-2022.³⁴⁶ ההצעה מציעה להוסיף לחוק איסור לשון הרע, בין היתר, את סעיפים 111–111, המאפשרים לאדם הסבור כי תוכן שהועלה לרשת תקשורת אלקטרונית הוא עוולה כלפיו לפנות לבית המשפט בבקשה להורות לספק השירות לחשוף את פרטי המידע של מפרסם התוכן. גם הצעה זו מעגנת הליך של הודעה למנוי על בקשת החשיפה ואת זכותו של המנוי להתנגד לה מבלי לחשוף את זהותו.³⁴⁷ אולם, אם "הוכח להנחת דעתו של בית המשפט כי הבקשה הוגשה בתום לב ועל מנת לאפשר למבקש להגיש קובלנה או תביעה לפי חוק זה, וכי קיים חשש ממשי, בהתבסס על ראיות לכאורה שהציג המבקש, שהתוכן שלגביו הוגשה הבקשה מהווה עבירה או עוולה לפי חוק זה, רשאי בית המשפט להורות על מסירת פרטי המידע של המנוי".³⁴⁸ אם כן, הצעה זו מעגנת הליך של הודעה למנוי ומאפשרת לו להגיש התנגדות, אולם מתווה רף גבוה יותר מההצעה שהוגשה בשנת 2011 – רף של חשש ממשי שהתוכן הוא עוולה. מכל מקום, עד עתה לא השתכללו ההצעות לכלל חקיקה.

(ה) התמודדות עם פרסום לשון הרע אנונימי – חשיפת זהות משתמשים

רשימה זו מבקשת להציע כי ב"עידן שבו בדיות וכזבים מופרחים לחלל האוויר הווירטואלי כהרף עין ובמחוי ציון, לעתים על ידי אדם ולעתים על ידי מכונות יציר אדם ובוטים למיניהם ולסוגיהם, המבקשים להשתלט על השיח ולשקע בתודעה הציבורית 'אמיתות' שונות ומשונות",³⁴⁹ ראוי לבחון מחדש את קביעת בית המשפט בעניין מור. על המחוקק לפעול לשינוי המצב המשפטי, שכלל אינו מאפשר את החשיפה, ולאפשר חשיפת זהותם של מעוולים אנונימיים – באיזונים המתאימים בין חופש הביטוי לשמו הטוב של הנפגע – כאשר על פני הדברים נעשה שימוש לרעה בזכות לאנונימיות כדי להתחמק מאחריות.

344 שם, בס' 13(ב) (ההדגשה הוספה).

345 למשל, הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית), התשפ"ב-2021, פ/2652/24; הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית), התשפ"ב-2022, פ/3109/24.

346 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית), התשפ"ג-2022, פ/301/25. הצעת החוק נדונה לאחרונה בוועדת השרים לענייני חקיקה, ואף עלתה לכותרות. להרחבה ולביקורת ראו רן בר-זיק "ח"כ מילביצקי מקדם תיקון לחקיקה שיאפשר חשיפת כתובת IP במקרה של לשון הרע" *TheMarker* (5.1.2025) <https://did.li/zfQaa>.

347 שם, בהצעת ההוספה של ס' 111(ב) ו-111 לחוק איסור לשון הרע.

348 שם, בהצעת ההוספה של ס' 111(ב) לחוק איסור לשון הרע (ההדגשות הוספו).

349 עניין בכרי, לעיל ה"ס 1, בפס' 21 לפסק הדין של השופט עמית.

(1) החשיבות של חשיפת גולשים אנונימיים למימוש זכות הגישה לערכאות בעידן

הדיגיטלי

בעידן הדיגיטלי לאפשרות של חשיפת גולשים אנונימיים יש תפקיד מכריע במימוש זכות הגישה לערכאות. כפי שהסביר ג'בארין, העדר אפשרות לחשוף מעוולים אנונימיים פוגע בזכות הנפגע לגישה לערכאות, שתכליתה הגנה על הזכות המהותית.³⁵⁰ זכות זו הוכרה בפסקי דין כזכות חוקתית הנובעת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁵¹ יש אף שסברו כי זכות הגישה לערכאות נעלה על זכות יסוד, מאחר שקיומה הוא תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד, והיא נגזרת במישרין מהדמוקרטיה ומשלטון החוק.³⁵² ללא זכות גישה לערכאות אין ערך לזכויות המהותיות ואין טעם להצהיר על קיומן. הכוח לפנות לערכאות הוא שמאפשר השלטת סדר חברתי, מונע אנרכיה, ובסופו של דבר מחזק את שלטון החוק.³⁵³ ראוי אפוא לראות בזכות הגישה לערכאות זכות עצמאית העומדת על רגליה היא.

זכות הגישה לערכאות בהקשר של האפשרות לחשוף מעוול אנונימי במרשתת חשובה אף יותר מאשר בהקשרים שאינם דיגיטליים, מאחר שהמרשתת יצרה מציאות חדשה שבה הליך החשיפה, הפונה לגורמי הביניים, נועד לממש את הזכות המהותית העצמאית לגישה לערכאות. זכות הגישה היא מטרת הדיון, ולא רק האמצעי להגשמתו. שינוי זה במציאות, אשר נולד עקב השינויים הטכנולוגיים, מחייב שינוי גם בתפיסה של זכות הגישה לערכאות מגישה צרה, הרואה את הזכות כטפלה לזכות המהותית, לגישה רחבה הרואה בה זכות עצמאית העומדת על רגליה שלה.³⁵⁴

הליך לחשיפת משתמשים מעוולים אנונימיים, שיאפשר לממש את זכות הגישה לערכאות, חשוב כיום יותר מתמיד לנוכח מציאות טכנולוגית של פרסום והפצה באמצעות ישויות בינה מלאכותית, אשר מגבירים את החשיפה לביטויים אלו ואת נזקם של הנפגעים מביטויים משמיצים. לנוכח זאת ראוי לאפשר לנפגע מביטוי לשון הרע לממש את זכויותיו, על ידי פיתוח מסגרת לחשיפת משתמשים אנונימיים שתאפשר לו גישה לערכאות.

(2) מסגרת לחשיפת מעוולים אנונימיים

מתווים ואיזונים שונים לחשיפת משתמשים מעוולים אנונימיים הוצעו כאמור בארץ,³⁵⁵

350 ראו אמל ג'בארין "הזכות לאנונימיות, זכות הגישה לערכאות, סמכות טבועה ומה שביניהן" **מחקרי משפט** כט 309, 324 (2013).

351 שם, בעמ' 319. ג'בארין מבקר את גישתו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין **מור**, לעיל ה"ש 17 – אשר ראה את זכות הגישה לערכאות כטפלה לזכות המהותית – ומציג גישה אחרת, אשר רואה את הזכות כזכות חוקתית העומדת על רגליה שלה. הוא מפנה, בין היתר, לפסק הדין של השופט חשין בע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

352 ג'בארין, לעיל ה"ש 350, בעמ' 319–320, המפנה לאהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג 363 (1995).

353 ג'בארין, לעיל ה"ש 350, בעמ' 320–324.

354 שם.

355 ראו הצעות החוק שפורטו לעיל בחלק ג(ד).

והם מהווים חלק מהדין החל בחו"ל בהקשרים שונים.³⁵⁶ רשימה זו תציע מתווה, המאזן בין ערכים שונים, להתמודדות עם פרסום אנונימי של ביטויי לשון הרע ככלל, ועם פרסום לשון הרע באמצעות ישויות אלגוריתמיות בפרט.

[א] חובות גילוי ושקיפות באשר לפרסום או הפצה על ידי ישויות בינה מלאכותית לנוכח ההשפעות של ביטוי אלגוריתמי על נזקי לשון הרע במרשתת, רשימה זו מבקשת להציע להתוות בחקיקה נפרדת חובת גילוי לכתחילה, אשר תטיל על מפעילי אלגוריתמים של בינה מלאכותית להפצת ביטויים להצהיר כי אותם אלגוריתמים אינם אנושיים³⁵⁷ או לכל הפחות לחשוף שהם ממומנים.³⁵⁸ זאת, כדי לאפשר לקהל הנחשף לביטוי להעריך את משקל הביטוי טוב יותר, ולאפשר לבתי המשפט להחיל מבחן מחמיר פחות בהליכי החשיפה של מפעילי האלגוריתם במקרה של ביטוי לשון הרע. יוזמות לזיהוי ביטוי מכונה כבר באו לידי ביטוי בהצעות חקיקה בארצות הברית וכן בחקיקה במדינת קליפורניה,³⁵⁹ והסנט בארצות הברית כבר שוקל דרישת גילוי נרחבת לבוטנים שמפצים ביטויים.³⁶⁰ מוצע לאמץ מתווה דומה גם בארץ.

עם זאת, שקיפות אינה תרופת קסם. היא יכולה להביא לידי חשיבה ביקורתית יותר על הפרסום הפרטני, אולם אין בה כדי לפתור את בעיית הנזק הגדול בהרבה שעלול להיגרם בשל הממד הכמותי של הפצה נרחבת באמצעות אלגוריתמים, לעומת פרסום או הפצה על ידי בן אנוש.³⁶¹ נוסף על כך, עצם הידיעה כי המידע הופץ על ידי ישות אלגוריתמית עדיין אינה מזהה את הגורם האנושי שעומד מאחורי אותו אלגוריתם, אשר אחראי לתכנות האלגוריתם ויכול להגביל את פעולתו ואת גבולות למידתו העצמאית. בהעדר ידיעה על הגורם העומד מאחורי האלגוריתם, נמנע מן הניזוק סעד כספי, והוא אינו יכול להיפרע את נזקיו.³⁶² לשם תיקון מצב זה נדרש הליך של חשיפת המשתמש

356 ראו KOSSEFF, לעיל ה"ש 272, פרקים 6 ו-8, העוסקים בחשיפת משתמשים מעוולים אשר ביצעו עוולת לשון הרע או הפרת זכויות יוצרים בארצות הברית.

357 Madeline Lamo & Ryan Calo, *Regulating Bot Speech*, 66 UCLA L. REV. 988, 993 (2019).
 358 YOCHAI BENKLER, ROBERT FARIS & HAL ROBERTS, NETWORK PROPAGANDA: MANIPULATION, DISINFORMATION, AND RADICALIZATION IN AMERICAN POLITICS 372–375 (2018).

359 S.B. 1001, 2017–2018 Reg. Sess. (Cal. 2018); Barry Stricke, *People v. Robots: A Roadmap for Enforcing California's New Online Bot Disclosure Act*, 22 VAND. J. ENT. & TECH. L. 839 (2020).

360 S. 3127, 115th Cong. (2018); Michal Lavi, *Manipulating, Lying, and Engineering the Future*, 33 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 221, 302 (2023).

361 ראו לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 70, שם עמדתי על נזקי החזרה על ביטוי שקרי.

362 Jabotinsky & Lavi, *Can ChatGPT and the Like Be Your Co-authors?* לעיל ה"ש 20, בעמ' 370–369 "Humans can also limit the algorithmic learning process and teach algorithms to detect, measure, and mitigate the harmful consequences of their usage. The algorithms are simply there to smooth and enable more social interactions between two humans. These

האנונימי. הליך זה יסייע בצמצום נזקי הנפגעים מביטויי לשון הרע, בין שהם הופצו באמצעות אלגוריתמים של בינה מלאכותית ובין שהם הופצו על ידי בני אנוש, שכן גם ביטוי אנושי במדיה הדיגיטלית גורם כאמור נזק רב בהרבה בהשוואה לביטוי אנונימי שהופץ מחוץ למרחב המקוון. ביטוי זה אף יכול להיות מופץ שוב ושוב באמצעות שיתופים של בני אנוש ואלגוריתמים, ולהגיע לקהל נרחב.

[ב] חשיפת משתמשים אנונימיים – מסגרת מוצעת

חשיפת המשתמש האנונימי תאפשר פיצוי של הניזוק אקס פוסט, ואף תוביל להתרעה אקס אנטה, מאחר שכאשר גורם יודע שאם הוא יפרסם ביטוי שיש חשש של ממש שהוא לשון הרע יוכלו לחשוף את זהותו ולחייבו בפיצויים, הוא ינהל את סיכוניו, וייתכן שיימנע מהפצת ביטוי שנזקיו לשם הטוב של הנפגע ברורים. באשר להסדר החשיפה עצמו, כבסיס להסדר רשימה זו מבקשת לאמץ את המתווה שבהצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית), שנדון לעיל,³⁶³ ולהוסיף לו כמה איזונים עדינים. ההסדר הדיוני בהצעת החוק מאפשר לנפגע לטעון את טענותיו לפני החשיפה, ובוחר ברף גבוה של **תום לב** בהגשת הבקשה **וחשש של ממש** שתוכן הביטויים הם לשון הרע. לכן סיכויי התובע להצליח בתביעה גבוהים. כפי שהציעו גנאים, קרמניצר ושנור, "לא די ברף נמוך של יכולת להתמודד עם בקשה למחיקה על הסף, אולם אין לדרוש מן התובע להראות שהנתבע לא יוכל להעלות טענות הגנה של ממש. בבחינת סיכויי התביעה וקביעת הרף לחשיפה יש לבחון אם הקורא הרגיל היה נותן משקל של ממש לביטוי הפוגע, ולא רואה בו 'זוטי דברים'..."³⁶⁴

במסגרת השיקולים שיש לשקול בעת בחינת הביטוי וסיכויי התביעה ראוי לבחון מגוון שיקולים אשר יביאו לידי איזון מדויק יותר בין זכויות בהליך החשיפה. כפי שהציעו גנאים, קרמניצר ושנור, ראוי לבחון באיזו זירת שיח הובע הביטוי ואת השלכותיה על אמינות הביטוי ורצינותו. אין דומה תגובת (טוקבק), שאמינותה נמוכה, לרשומה בפייסבוק, ויש שיפרשו אותה כזוטי דברים לעומת רשומה מפורטת בפייסבוק או באתר מקצועי.³⁶⁵ כן ראוי לבחון את סוג הביטוי שנטען כי הוא לשון הרע, שכן ביטוי פוליטי יזכה בהגנה חזקה יותר מביטוי מסחרי, לפי העקרונות הכלליים של דיני לשון הרע, ונראה שיש להגביר את הזהירות באשר לחשיפת משתמש שהביע ביטוי פוליטי. בדומה לכך יש להגביר את הזהירות כאשר מבקש החשיפה הוא איש ציבור

social relations and human interactions produce either justice or injustice. Even though algorithms can self-learn, the programmers can limit the parameters for self-learning ex-
(ante. They can also block specific results of the systems")

363 ראו לעיל ליד ה"ש 345–348.

364 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 220, בעמ' 271.

365 שם.

שנפגע מהביטוי, ולנקוט ריסון בחשיפה במקרים אלו, שבהם ניתן משקל רב יותר לחופש ביטוי.³⁶⁶

מהעבר האחר, אם יאומץ הסדר המחייב גילוי כי הביטוי הוא ביטוי מכונה ונוצר על ידי אלגוריתם, יהיה מקום לאמץ מבחן גמיש יותר ומחמיר פחות מהרף של "חשש של ממש" בחשיפת מפעיל האלגוריתם, לנוכח היקף זכויות היסוד המוגבל שיש לדוברים מעין אלה לעומת דוברים אנושיים, ובשל חומרת הנזק של פרסום באמצעים אוטומטיים, שיכול להגיע לתפוצה רחבה הרבה יותר מביטוי אנושי ולהסב נזקים כבדים.

מתווה כאמור מאזן כראוי בין זכויותיו של המפרסם לפרטיות ולחופש ביטוי לבין זכויותיו של הנפגע לשמירה על כבודו ושמו הטוב וגם על חופש הביטוי שלו. אם לא יאומץ מתווה זה, מוצע לכל הפחות לקבוע כי כאשר בית המשפט כבר קבע כי הפרסום הוא לשון הרע, והפרסום החוזר עצמאי ומנותק מהפרסום המקורי, כפי שאירע בעניין בכרי, תיחשף זהותו של מפרסם הפרסום החוזר. במקרים אלו עוולתיות הביטוי אינה מוטלת בספק, ולפיכך החשש לאפקט מצנן ולפגיעה לא מידתית בחופש הביטוי נמוך, וכמעט אינו קיים.

במישור הפוזיטיבי יצוין כי חשיפת משתמשים אנונימיים לפי צו שיפוטי היא למעשה פעולה לפי דין אשר זוכה בהגנה לפי סעיף 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות,³⁶⁷ ולפיכך גם לא תהיה חבות באחריות לגורמי הביניים. המסגרת המוצעת עומדת באיזון לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו מעוגנות גם הזכות לפרטיות³⁶⁸ וגם הזכות לחופש ביטוי, הנתפסת כחלק מהזכות לכבוד. זאת, מאחר שהמסגרת עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.³⁶⁹ ראשית, חשיפת שמות המשתמשים תהיה בהסמכה מפורשת בחקיקה; שנית, חקיקה כאמור הולמת את ערכיה של המדינה בשומרה על זכות היסוד לכבוד, בהגינה מפני פגיעתם של ביטויי לשון הרע, ואף בהגינה מפני שחיקת הדמוקרטיה (democratic disempowerment) הנגרמת בשל לשון הרע;³⁷⁰ שלישית,

³⁶⁶ שם, בעמ' 272.

³⁶⁷ הקובע כי "במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה: ... (ב) הפגיעה נעשתה בניסיונות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה".

³⁶⁸ ראו ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³⁶⁹ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³⁷⁰ ראו גם Rauch, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1467 ו-1471, המציין כי ביטויי לשון הרע על אודותיו של אדם מובילים לאיבוד ההערכה והאמון הציבוריים באדם ולאובדן האפקטיביות הפוליטית שלו, וכתוצאה מכך לשחיקת הדמוקרטיה (democratic disempowerment in several ways: from normative principles, from the vast set of persons who might plausibly suffer such harm, and from the real world—by observing which defamatory injuries in fact prompt victims to seek redress... We have now seen that a central, serious harm of defamation—of falsehoods that bring hatred, shame, and obloquy—is democratic disempowerment: the destruction of political efficacy in one's (community)).

המסגרת המוצעת נועדה לתכלית ראויה – התמודדות עם נזקי ביטוי מזיק, שיכולים להיות כבדים, בעיקר לנוכח יכולות טכנולוגיות המאפשרות לפרסם ולשתף ביטוי בהיקף נרחב באמצעות אלגוריתמים של בינה מלאכותית; ורביעית, הפגיעה היא במידה שאינה עולה על הנדרש, מאחר שהחשיפה תתאפשר רק בצו, אשר יינתן, ככלל, רק אם ייחצה רף הוכחה גבוה בדמות חשש של ממש, ורק לאחר ניסיון לאתר את המשתמש ולתת לו לטעון את טענותיו.

באיוון הכולל בין השיקולים ובבחינת מידת פגיעתה של המסגרת באנונימיות, כנגזרת של הזכות לפרטיות, אל מול קידום המטרה החשובה של התמודדות עם ביטוי מזיק ברשת המפורסם ללא אחריות, נראה כי פגיעתה של המתכונת המוצעת בזכות לפרטיות ובזכות לחופש ביטוי היא מידתית ומוצדקת.

יצוין כי מסגרת לחשיפת מעולים אנונימיים תחייב שיתוף פעולה של גורמי הביניים, כדי שישמרו את כתובות ה-IP של משתמשיהם. יתרה מזו, גם שמירת הפרטים לא תבטיח בהכרח את האפשרות לחשוף את זהותו של המעוול.³⁷¹ אולם אפשרות משפטית לחשוף מעולים אנונימיים, גם אם היא אינה מושלמת, תוביל להרתעה ולתמריץ שלילי לביטוי אנונימי שהוא לשון הרע.

כדי לאפשר את יישום המסגרת האמורה, מוצע להתנות את "נמל המבטחים" של גורמי הביניים – אשר בתי משפט רבים מיישמים במסגרת נוהל "הודעה והסרה" – בשמירת כתובות ה-IP של משתמשיהם. הצעה זו אינה מהפכנית; הצעות דומות של התנאת מתן פטור מאחריות לגורמי ביניים בשמירת כתובות ה-IP של המשתמשים הוצעו גם בארצות הברית, שם גורמי הביניים נהנים מחסינות מוחלטת בנוגע לפרסומים עולתיים שפרסמו משתמשיהם. לנוכח מאפייני הפרסום במרחב הדיגיטלי ונזקיו רחבי ההיקף, ראוי לאמץ פתרון זה.³⁷²

סיכום ומסקנות

במאמר קודם עמדתי על הנזקים רחבי ההיקף של פרסום שלילי על אודות פרט במרחב הדיגיטלי, לנוכח העובדה שנצחיות הביטוי במרחב הדיגיטלי וזמינותו שינו את האיזון בין זיכרון לשכחה. התרעתי כי הביטוי במרחב הדיגיטלי יוצר פגיעה נצחית בשמו הטוב של הנפגע.³⁷³ רשימה זו ביקשה לבקר את התוצאה ההפוכה: אחריות נצחית של מפרסמים. פסק דין בכרי מוביל למעשה לתוצאה זו. ראשית, הוא מוביל לאחריות נצחית במישור של תקופת ההתיישנות, אשר לא תסתים כל עוד הביטוי קיים במרחב הציבורי.

371 זאת, בשל האפשרות להשתמש ברשת ציבורית או בשיטות משמרות אנונימיות, כגון דפדפן TOR. להרחבה ראו KOSSEFF, לעיל ה"ש 272, בעמ' 189.

372 שם, בעמ' 139.

373 לביא "ביוש לנזק?", לעיל ה"ש 5.

לעניין זה ביקשתי למתוח ביקורת על ההכרה בעוולה כעוולה נמשכת, וקראתי להבחין בין לשון הרע שפורסמה מחוץ למרחב המקוון לבין לשון הרע שפורסמה במרחב המקוון.

מחוץ למרחב המקוון ראוי למקד את הסעד בהרתעת מפרסמים – על ידי יצירת תמריץ שלילי מיטבי לפרסום ביטוי עוולתי – ובמימוש המטרה התרופתית של פיצוי הנפגע. לשם כך ראוי לחייב את המפרסם בפיצוי הנפגע בגין הפרסום המקורי ובגין פרסומים חוזרים של הפרסום שפורסמו על ידיו ואשר מהווים "לשון הרע אחרת".³⁷⁴ באשר לתוכני לשון הרע במרחב המקוון, התמקדות באחריות המפרסם לא תוביל לבדה לסעד מספק, מאחר שהביטוי נותר נגיש לכל ובר חיפוש גם לאחר שהדיון בו התפוגג. לפיכך הציעה הרשימה למנוע את נצחיות הביטוי באמצעות פנייה לגורמי הביניים בזירה – אתרי המרשתת ומנועי החיפוש – בדרישה שיסירו את הביטוי המזיק, בין במסגרת אימוץ הזכות להישכח ובין באמצעות המנגנון של "הודעה והסרה". הסדר זה יאפשר הסרה גם כאשר אי-אפשר לתבוע סעד של פיצוי מהמפרסם בשל חלוף תקופת ההתיישנות והחסם הדיוני שההתיישנות מציבה. כך, אף שהנפגע לא יוכל לתבוע פיצוי במקרים אלו, הוא יוכל עדיין להביא לידי הסרת התכנים העוולתיים.

שנית, פסק דין בכרי מוביל לאחריות נצחית בהטילו חובה על המפרסם המקורי לצפות פרסום עתידי של הביטוי המזיק על ידי צד שלישי ולהביא לידי הסרת כל פרסום חוזר עצמאי ונפרד של הביטוי. במישור זה ביקשה הרשימה לטעון כי הטלת אחריות נצחית כאמור על המפרסם המקורי היא מרחיקת לכת, ועלולה להוביל לאפקט מצנן ולפגיעה לא מידתית בחופש הביטוי של המפרסם. אחריות כאמור אף תפגע בשוק הרעיונות בכללותו ובזכות הציבור לקבל מידע. הרשימה ביקשה לאזן בין פגיעה נצחית לאחריות נצחית. כדי להגיע לאיזון זה, חזרה הרשימה לנקודת המוצא במאמר קודם, שלפיה המפתח לאיזון מצוי באחריותם של גורמי הביניים להסרת התכנים המזיקים. הרשימה קראה להטמעת נוהל "הודעה והסרה", שיוכל לסעד של הסרת תוכני לשון הרע על ידי גורמי הביניים. הרשימה אף הציעה לצרף את גורמי הביניים לתביעה, כדי שכלל שיינתנו צווים על ידי בית המשפט, הם יכבילו את גורמי הביניים ויבטיחו את ההסרה גם כאשר קודם לכן נמנעו גורמי הביניים מלהסיר תכנים בעקבות הודעת הנפגע על התכנים שפגעו בשמו הטוב. במקרים אלו אפשר שגורמי הביניים יחויבו גם בפיצוי הנפגע בשל אי-הסרת התכנים בעקבות הודעתו, וזאת מכוח אחריותם השילוחית. גורמי הביניים הם מונע הנזק היעיל, ובידם כלים להביא לידי הסרה יעילה ולצמצם את נזקי העוולה ואת התפשטות הביטוי המזיק במרחב המקוון. לפיכך ראוי לרתום אותם לצמצום נזקיהם של ביטויים עוולתיים.

שלישית, במישור האחריות הישירה לפרסום חוזר עצמאי ונפרד של התכנים על ידי צדדים שלישיים ביקשה הרשימה לטעון כי ראוי להטיל את האחריות על הצד שהחזיר את הדיון בתוכני לשון הרע לחיים לאחר שהדיון בהם כבר דעך והתפוגג, ולחייבו בפיצוי בשל אחריותו הישירה. זאת, גם כאשר גורמי הביניים הסירו את התכנים בעקבות

374 עניין פלונית, לעיל ה"ש 8.

הודעת הנפגע לאחר מעשה. אולם פעמים רבות גורם זה פועל באנונימיות, ואין כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו. הרשימה ביקשה לטעון כי ראוי לפעול לשינוי הדין ולאפשר לחשוף את זהותם של מעוולים אנונימיים, באיזונים המתאימים, בעיקר כאשר על פני הדברים נעשה שימוש לרעה בזכות לאנונימיות כדי להתחמק מאחריות, בוודאי לאחר קביעת בית המשפט כי הפרסום הוא לשון הרע. ההצדקות לשינוי הדין הפוזיטיבי ולהתוויית הליך לחשיפת משתמשים מעוולים אנונימיים חזקות כיום יותר מתמיד, לנוכח יכולות הפרסום וההפצה של ישויות אלגוריתמיות, אשר מאתגרות את ההצדקות המסורתיות לזכות לחופש ביטוי. אימוץ ההצעות ברשימה זו צפוי להוביל לצמצום פגיעת לשון הרע במרחב הדיגיטלי, למימוש המטרה ההרתעתית והתרופתית בדיני לשון הרע, לצמצום הפצת לשון הרע ושקרים כוזבים, ולאיזון בין פגיעה נצחית לאחריות נצחית.