שומרים על קשר: הצעה למודל חדש לאחריות מתווכים מקוונים

מאת

טל ז׳רסקי* ומיכל לביא**

התקדמות הטכנולוגיה הובילה ללידת דור חדש של יישומים מגוונים ולנתיבי הפצת מידע נרחבים. היא אף יצרה עולם תוכן המופק על ידי משתמשים. טכנולוגיות אלו מאפשרות השתתפות תרבותית רחבה, כמו גם אינטראקציות ייחודיות לעידן האינטרנט. לצד קידום פעילות חברתית רצויה מובילה הטכנולוגיה גם להוזלת עלויותיה של פעילות אנטי־חברתית והרסנית אשר מקורה בעוולות ביטוי. לפיכך שאלות הנוגעות לעוולות אלו, ולאופן הסדרת השיח המקוון בכלל, מגיעות לפתחו של בית המשפט השכם והערב.

שני המסלולים העיקריים להתמודדות המשפט עם עוולות מסוג זה הם הטלת אחריות על המעוול הישיר – מפיץ הביטוי – או הטלת אחריות על ספק התוכן בגין פרסום תוכן משמיץ בפלטפורמה המצויה בניהולו. ברשימה זו בחרנו להתמקד במסלול השני: הסדרת האחריות העקיפה של ספקי תכנים מקוונים ככל שזו נוגעת לדיני לשון הרע. סוגיה זו זכתה להתייחסות מקיפה בדין ובספרות. השיח המשפטי לא הבחין באופן שיטתי בין סוגי ספקים שונים. דרך חשיבה זו הובילה לחוסר עקיבות ולהסדרה ביתר או בחסר.

אולם תחת כנפי המרחב המקוון חוסים סוגי שיח שונים, שלהם מאפיינים מיוחדים, ובין משתתפיהם מתקיימים קשרים מסוגים שונים. למאפיינים אלו השלכות על זרימת המידע, על האופן שבו הביטוי נתפס, על אמינותו ועל החשיבות שמייחסים לו. בשל הקשיים שמעוררים משטרי הסדרה גורפים ובשל מאפייניו המיוחדים של סוג השיח והשפעותיו של ההקשר המקוון, נבקש ברשימה זו לקדם תשתית רעיונית חדשנית וייחודית: **הסדרת אחריות מתווכי תוכן מקוונים ללשון הרע על בסיס פרטיקולרי ותוך הבחנה בין הֶקשרים שונים**.

הגם שמודל הסדרה פרטיקולרי נראה רעיון חדשני, בתחילת הרשימה נראה כי רעיון זה נשען על מציאות מקובלת הנטועה עמוק במסורת הקיימת להסדרת המדיה. בהמשך הרשימה נבחן שיקולים נורמטיביים מרכזיים בניתוח המקובל לאחריות ספק התוכן

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת חיפה.

** דוקטורנטית, הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת חיפה.

הכותבים מבקשים להודות מקרב לב לפרופ׳ גוסטאבו מש, למשתתפי הכנס הבינלאומי בנושא אחריות מתווכים שנערך באוניברסיטת חיפה (16.5.2012), למערכת משפטים, לקורא/ת האנונימי/ת, לעורכים ילנה צ׳צ׳קו וחנן סידור ולעורכים לשעבר אור אלקון ויעל קריב.

המקוון. במסגרת זו נעמוד על שיקולים מתחום דיני הנזיקין, חופש הביטוי ואיזונים חוקתיים הנוגעים לעוולות ביטוי בסביבה טכנולוגית אינטרנטית. לאורם נטען כי הניתוח המקובל לאחריות הספק לוקה בחסר ומוביל לתוצאות מעוותות בהיעדר הבחנה ברורה בין הקשרים מקוונים שונים.
לאחר מכן ישורטטו גבולותיו של מודל חדש. המודל מבחין בין סוגי ספקים שונים על יסוד סוגי הקשרים הנרקמים בקהילות שפלטפורמות הספק יוצרות. תוך הסתמכות על הספרות הסוציולוגית אשר בוחנת יצירת קשרים בעולם מקוון יסווג השיח המקוון לשלוש קטגוריות מובחנות. לאור סיווג זה מציעה הרשימה מודל פרטיקולרי להסדרת השיח. חדשנות המודל היא בהצעת סף אחריות נפרד לכל קטגוריה. ניתוח זה יתחשב במאפייני כל קטגוריה ובאיזון בין האינטרסים שצוינו לעיל, הבאים לידי ביטוי במסגרתן. התוצאה המתגבשת היא מודל פשוט ליישום המתאפיין בגמישות ומאפשר להתמודד עם שינויים כלכליים וטכנולוגיים. מודל זה מוביל לתוצאה צודקת ויעילה יותר בהטלת אחריות על ספקי תוכן מקוונים ואף מקיים ערך מוסף בקידום ראוי של הזכות לחופש ביטוי במרחב המקוון. לסיום רשימה זו נבחן אתגרים וביקורות מרכזיים בהחלת המודל והשפעתו על השיח וכן על כיווני מחקר עתידיים.

פתח דבר. **א. אחריות מתווכים לעוולות ביטוי – בסיס תאורטי, ניתוח מקובל, דין פוזיטיבי וקריאה לשינוי**. 1. על אחריות כלי התקשורת המסורתיים; 2. ספק התוכן – מאפיינים והשוואה לתקשורת המסורתית; 3. אחריות הספק – הדין המצוי והמשפט המשווה; 4. שיקולים נורמטיביים לאחריות ספקי תוכן; 5. סיכום ביניים: ממודל כללי למודל פרטיקולרי; **ב. שומרים על קשר: בין קשרים חזקים לחלשים – הבחנות סוציולוגיות וסוגי שיח**. 1. לקראת סיווג שיטתי של סוגי שיח – על חוזק קשרים, מאפייניהם וטקסונומיה משפטית; 2. קשרים ולא טכנולוגיה; 3. קשרים במרחב המקוון; 4. מן הכלל אל הפרט: טקסונומיה של פלטפורמות במרחב המקוון; **ג. לקראת מודל חדש להסדרה פרטיקולרית של אחריות הספק ללשון הרע**. 1. מה הקשר? קשרים, הֶקשרים ואחריות הספק – הצעה למודל חדש; 2. מן הכלל אל הפרט: חומרת הנזק הפוטנציאלי והסדרה פרטית בראי סוג השיח; 3. המודל החדש והדין הקיים – על פערים וגישורם; 4. ביקורות אפשריות על המודל והמתודולוגיה; **ד. סיכום וכיווני מחקר עתידיים**.

פתח דבר

פלוני, עורך דין ותיק, מגלה כי שמו הוכפש במסגרות שיח שונות באינטרנט, שם נכתב כי הוא ״נוכל ומומחה לרמאויות״. ההשמצות הובעו **בתגובות (טוקבקים)** לכתבה על רשלנות עורכי דין, צוינו **בחוות הדעת** בעניינו באתר לכתיבת חוות דעת ודירוג נותני שירות **וכן בבלוגים ובפורומים** שונים. פלוני טוען כי התוכן שקרי, אולם אינו יודע מי האחראי לביטוי. ההתבטאויות אנונימיות; הן אינן כוללות את שם הכותב אלא מסתפקות בכינוי. בצר לו פונה פלוני לספקי התוכן השונים בבקשה להסרת הביטויים מן

הפלטפורמות השונות שבשליטתם ואף מגיש נגדם תביעה בגין לשון הרע. כיצד ראוי להסדיר את אחריות ספקי התוכן להשמצות אלו? האם ראוי להתוות משטר הסדרה אחיד לכל ספקי התוכן שלעיל, או שיש מקום ליצור הבחנות שיטתיות ביניהם? בשאלות אלו נעסוק ברשימה זו.

הטכנולוגיה החדשה הובילה ללידת דור חדש של יישומים מגוונים ונתיבי הפצה נרחבים. היא אף יצרה עולם תוכן המופק על ידי משתמשים. טכנולוגיות אלו מאפשרות השתתפות תרבותית רחבה ואינטראקציות חברתיות חדשות. הטכנולוגיה הפחיתה את עלויות השיח ברשת והולידה יתרונות נרחבים. אולם לצד קידום פעילות חברתית רצויה מובילה הטכנולוגיה גם להוזלת עלויותיה של פעילות אנטי־חברתית והרסנית.[1] בשל התפתחות תופעות אלו מגיעות שאלות הנוגעות לאופן הסדרת השיח לפתח בית המשפט השכם והערב.

המשפט איננו אך מגיב לשיח הנרקם ברשת. המשפט אף משפיע על השיח המקוון במגוון דרכים. כלי מרכזי ביותר להשפעה ועיצוב הוא הגדרת גבולות האחריות הנזיקית בכלל ובלשון הרע בפרט. התמודדות המשפט עם אתגרים אלו מתרחשת בשני מסלולים עיקריים: ראשית, הטלת אחריות ישירה על המעוול הישיר – מפיץ הביטוי;[2] שנית, בהטלת אחריות על ספק התוכן – האתר המתפקד כפלטפורמה ה״מארחת״ תכנים אשר משתמשים מפרסמים בה.[3] הסוגיה הראשונה זכתה להתייחסות נרחבת בפסיקה ובכתיבה המשפטית. אולם במקרים רבים תוביל תביעה בגין עוולה זו את הנפגע למבוי סתום בשל קשיים משפטיים ופרקטיים באיתור המפיץ הישיר, חשיפתו וקבלת פיצוי.[4] לפיכך בחרנו

1 להמחשת הפן האנטי־חברתי של תוכן משתמשים והשלכותיו ראו Danielle Keats Citron, *Cyber Civil Rights*, 89 B.U. L. REV. 61 (2009).

2 מעוול זה מסתתר פעמים רבות תחת מעטה האנונימיות, ויש לחשוף את זהותו תחילה.

3 רשימה זו תעסוק אך ורק **בספק תוכן** כמוגדר בס׳ 7 להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס״ח–2008, ה״ח 322, 325 באשר לספק של ״שירות אירוח״, אשר מתפקד כפלטפורמה להצגת מידע שנמסר לשם העלאה לרשת תקשורת, ותתייחס לאחריות הספק המארח לתוכן משמיץ שמקורו במשתמשים (להבדיל מתוכן מערכת). לא נעסוק בספק גישה המספק ״שירות גישה״ לאינטרנט. המאמר גם לא יתייחס לאחריות מנועי החיפוש אשר מצריכים דיון ייחודי. כמו כן לא נעסוק בפעולות הספק מחוץ לתפקידו כפלטפורמה להצגת מידע ולא בהתנהגות עצמאית של הספק הנמצאת בתחומי המשפט הפלילי וחורגת מיריעת רשימה זו. להרחבה בהקשר זה ראו למשל לאחרונה פרשת ״בחדרי חרדים״: ״חשד: בכירי ׳בחדרי חרדים׳ סחטו אישי ציבור כדי להסיר פרסום שלילי״ **וואלה! חדשות** 2.4.2012 news.walla.co.il/?w=/10/2522082.

4 על קשיים אלו בהרחבה ראו מיכל אגמון־גונן ״האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת״ **רשת משפטית: משפט וטכנולוגית מידע** 207, 209–218 (ניבה אלקין־קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011). נוסיף כי כיום לאחר פסיקת בית המשפט העליון ברע״א 4447/07 **מור נ׳ ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע״מ** (פורסם בנבו, 25.3.2010) (להלן: עניין מור – עליון), וכן בע״א 9183/09 **The Football**

להתמקד ברשימה זו במסלול השני: הסדרת האחריות הנזיקית העקיפה של ספקי תכנים מקוונים ככל שזו נוגעת לדיני לשון הרע.[5]

הסדרת אחריות הספק אף היא זכתה להתייחסות בדין ולדיון בספרות בארץ ומעבר לים. במסגרת דיון זה הוצעו (ואף הותוו) המשטרים המקובלים להסדרת אחריות: מתן פטור גורף, יצירת מערך של הודעה והסרה ואף הנחלת משטר רשלנות. נגד משטרים אלו נטען, ובמידה רבה של צדק, כי הם מביאים להסדרה ביתר, או בחסר. בשל קשיים אלו מחד והצורך לעצב מודל הסדרה בהקשר זה מאידך נבקש ברשימה זו לקדם תשתית חדשנית וייחודית: **הסדרת אחריות הספק ללשון הרע בצורה פרטיקולרית ותוך הבחנה בין הקשרים שונים**.

עוד לפני כיובל שנים חידש חוקר התקשורת מרשל מקלוהן כי ״המדיום הוא המסר״. השפעות אמצעי התקשורת עשויות להיות חזקות אף מאלו של המסר כשלעצמו ומשתנות לפי המעבר בין סוגי האמצעים.[6] דברים אלו מקבלים משנה תוקף בעידן האינטרנט.[7] תחת כנפי המרחב המקוון חוסים סוגי שיח שונים שיוצרים הקשרים שונים לביטוי במסגרתם. תהא זו טעות להתייחס לכל סוגי הביטוי והשיח ברשת כמקשה אחת. חוזק הקשרים השונה במסגרת הדיונים השונים ומאפייניהם המיוחדים משליכים על זרימת המידע, על האופן שבו הביטוי נתפס, על אמינותו ועל החשיבות שמייחסים לו.

בשל ההשלכות כבדות המשקל של סוג השיח נבקש לטעון כי חשיבות הסיווג וההקשר עשויה לעתים לעלות על חשיבות תוכן הביטוי עצמו. לפיכך ראוי להבחין בין סוגי השיח לאור הדינמיקות החברתיות המתקיימות במסגרתם ולעצב את משטר האחריות לאור ההקשר המקוון. בחינה זו מרכזית לשאלת האחריות המשפטית הראויה בכל נקודה ונקודה. למרות האינטואיטיביות בטענה זו, היא טרם נידונה באופן סדור בפסיקת בתי המשפט. היעדר הדיון בסוגיה זו מפתיע. למרות היות המודל המוצע ברשימה זו חדשני הוא נשען על עקרונות ותיקים ומוצקים – עקרונות ההסדרה הקיימים של דיני התקשורת מושתתים על הבחנות קיימות בין הקשרים שונים. לפיכך המודל המוצע הוא המשך טבעי של המדיניות הקיימת.

Association Premier League Limited נ׳ פלוני (פורסם בנבו, 13.5.2012) (להלן: עניין **פרמייר ליג – עליון**), קיים קושי משפטי לחשוף את הגולש המשמיץ, וייתכן כי בעקבות פסקי דין אלו כובד המשקל יעבור אל הספק. מלבד הקשיים המשפטיים קיימים קשיים פרקטיים העומדים בעוכרי חשיפת גולשים, כמו גלישה באינטרנט אלחוטי ושימוש בתוכנות המקלות על גלישה אנונימית. ראו מיכאל בירנהק ״חשיפת גולשים אנונימיים ברשת״ **חוקים** ב 51, 113–118 (2010).

5 האיזונים שיותוו ברשימה זו יפים לסוג ביטוי זה ואינם תקפים בהכרח לסוגי ביטוי אחרים, כמו ביטוי הפוגע בפרטיות, ביטוי תועבה, ביטוי הפוגע בביטחון המדינה וכיוצ״ב.

6 MARSHALL MCLUHAN & QUENTIN FIORE, THE MEDIUM IS THE MASSAGE: AN INVENTORY OF EFFECTS (1967).

7 NICHOLAS CARR, THE SHALLOWS: WHAT THE INTERNET IS DOING TO OUR BRAINS (2010).

כדי להציג מודל חדש להסדרת אחריות הספק הנשען על הבחנות בין סוגי שיח מקוון, תתקדם רשימה זו כדלקמן: **בפרק א**, כמסגרת לדיון, נבחן את אחריותם של כלי תקשורת שונים מחוץ למרחב המקוון. נראה כי כלי מדיה שונים נשלטים על ידי משטרי הסדרה נפרדים בשל מאפייניהם המיוחדים. לפיכך קריאה למשטר אחריות פרטיקולרי נשענת על מציאות משפטית מקובלת. המשך הפרק יוקדש להצגת הניתוח המקובל של אחריות הספק בהקשר האינטרנטי, בחינת הדין הפוזיטיבי לאחריותו בישראל ובעולם, התייחסות לביקורות עליו בספרות הקיימת ולניתוחים נורמטיביים רלוונטיים (לרבות ניתוח נרחב של השלכות שיקולים הנוגעים לחופש הביטוי בהקשר זה) כמו גם קריאה לשינוי.

לאחר מכן, **בפרק ב**, נבחין בין סוגי ספקים שונים על יסוד סוגי הקשרים הנרקמים בקהילות שפלטפורמות הספק יוצרות. ההבחנה האמורה תישען על אדני מחקרים מתחום הסוציולוגיה אשר עוסקים בפרמטרים לניבוי חוזק קשרים בשיח במרחב המקוון. פנייה להבחנות מבוססות־קשרים כבסיס לבחינת אחריות לעוולת ביטוי היא טבעית משום שיסודותיה של עוולה זו קשורים בטבורם לזרימת מידע בהקשרים חברתיים. לאור המחקרים שיוצגו נסווג את השיח לשלוש קטגוריות מובחנות: "שיח בסגנון חופשי", "שיח לייצור קבוצתי" ו"שיח לדיון והבניית קהילות", וניצור טקסונומיה תיאורית של השיח אשר תסייע לבתי המשפט ליצור ספים שונים לאחריות הספק.

בפרק ג נציע מודל פרטיקולרי להסדרת השיח אשר נשען על התשתית העיונית אשר נפרסה בפרקים הקודמים. משטר זה יבחין בין שלוש הקטגוריות המוצגות כאן המתייחסות לסוגי שיח שונים ברשת, ויאזן בין האינטרסים הבאים לידי ביטוי. לאור זאת בכל קטגוריה יוצע סף אחריות נפרד.

בהמשך נבחן את פסיקת בתי המשפט בסוגיית אחריות הספק. נראה כי בבוא בתי המשפט לדון באחריות הספק הם לרוב אינם מדגישים באופן מספק את ההקשר שבו נערך השיח. הפסיקה נעדרת בסיס שיטתי להנמקה בשאלה זו, ולרוב נעדר ממנה דיון סדור בשיקולים הנוגעים להקשר השיח. נסכם בהמלצה לבחינת אחריות הספק לאור המודל שהוצע כדי להביא לידי דיוק רב יותר בהסדרת השיח. לסיום פרק זה נבחן את האתגרים המרכזיים בהחלת המודל והשפעתו על השיח. נחתום רשימה זו **בפרק ד** בסיכום וציון כיוונים אפשריים למחקר עתידי.

א. אחריות מתווכים לעוולות ביטוי – בסיס תאורטי, ניתוח מקובל, דין פוזיטיבי וקריאה לשינוי

כבר כעת התמודדות עם שאלת אחריות המדיום לביטוי מתרחשת ברמה הפרטיקולרית. במסגרת סקירה זו נציג את משטרי האחריות החלים על כלי תקשורת שונים ונבחן קווי דמיון בין כלי תקשורת שונים לבין הספק. לאור השוואה זו נשאל מה הדין הראוי באשר

לספק תכנים מקוון לאור מאפייניו הייחודיים. לאחר מכן נבחן את הדין הפוזיטיבי המצוי לאחריות הספק בארץ ומעבר לים. בהמשך נבחן שיקולי מדיניות נורמטיביים שונים המצדיקים הטלת אחריות על הספק (לרבות סקירה נרחבת של שיקולים הנוגעים לחופש הביטוי) ונסקור את המשטרים לאחריותו אשר הוצגו במבט ביקורתי. נסכם כי תחת הדין הרצוי יש ליצור נקודת איזון חדשה להסדרת אחריות הספק – זו הנשענת על הסדרה פרטיקולרית.

1. על אחריות כלי התקשורת המסורתיים

אחריות מתווכים לעוולות ביטוי איננה סוגיה חדשה. הדין הבחין בין כלי תקשורת שונים והתווה בעניינם נקודות איזון פרטיקולריות שונות.

העיתונות הכתובה כפופה לכללים משפטיים וחוץ־משפטיים המסדירים את פעילותה.[8] חוק איסור לשון הרע מטיל עליה אחריות שילוחית ללשון הרע במסגרתה.[9] בנוסף, העיתונות כפופה לחובות ואיסורים מכוח הדין הכללי,[10] ולצדם – למערכת נורמטיבית של כללי אתיקה, המתווה את פעילותה.[11] הרציונל להחלת חובות מחמירות אלו נובע ממאפייני העיתונות ותפקידיה. העיתונות ממלאת תפקיד אקטיבי של בדיקת רשויות השלטון וגופים פרטיים ופיקוח עליהם ונתפסת כעין הציבורית.[12] יש הרואים בה גוף דו־מהותי.[13] תפקידו של עורך עיתון לבחון את החומר טרם פרסומו ולבחור מתוכו תכנים לפרסום. לעניין זה נתון לעורך שיקול דעת.[14] מנגד קורא העיתון ממלא תפקיד פסיבי. מבחר התכנים העומד לפניו מוגבל יחסית וכולל רק את התכנים שבמהדורה

8 ראו למשל ס׳ 4 ו־5 לפקודת העיתונות, 1933; מיכאל בירנהק ״אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות״ **פתו״ח** 5, 173, 178 (2003) (להלן: בירנהק ״אתיקה״); יובל קרניאל **דיני התקשורת המסחרית** (2003) (להלן: קרניאל **תקשורת**); יובל קרניאל ״חופש הביטוי באינטרנט״ **עלי משפט** א 163, 168 (1999) (להלן: קרניאל ״חופש הביטוי״).

9 ס׳ 11 לחוק איסור לשון הרע, התשכ״ה–1965, בין השאר, מטיל אחריות אזרחית על ״האחראי לאמצעי תקשורת״. החוק מגדיר בס׳ 11(ג) ״אמצעי תקשורת״ כ״עתון כמשמעותו בפקודת העתונות (להלן – עתון) וכן שידורי רדיו וטלויזיה הניתנים לציבור״. ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובועז שנור **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי** 269 (2005).

10 ראו למשל ס׳ 4 ו־5 לפקודת העיתונות; קרניאל ״חופש הביטוי״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 168.

11 ראו יובל קרניאל ״אנשי התקשורת: בין עיתונות, בידור ופרסום״ **עלי משפט** א 233, 238 (2000); בירנהק ״אתיקה״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 176. הסדרת מועצת העיתונות היא הסדרה פרטית ביזמת השחקנים בשדה. בבסיסה האינטרס הציבורי להביא לאמון הציבור בעיתונות.

12 גיא פסח ״הבסיס העיוני של עקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות״ **משפטים** לא 895, 939–941 (2001).

13 ראו אהרן ברק ״המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה״ **משפטים** כז 223 (1997); פסח, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 975, סבר כי גישה זו מרחיקת לכת.

14 אורי שנהר **דיני לשון הרע** 101–104 (ס׳ 8.3.7–8.3.13) (2001).

המודפסת. לפיכך הקורא עשוי להיות מושפע אך מתכנים אלו.[15] בשל מאפייניה של העיתונות, חשיבותה הציבורית ושליטתה בתכנים המיועדים לפרסום, מיוחסת לה אחריות לתכנים אלו.[16]

התקשורת המשודרת מרכזית (אולי אף יותר) לשיח הציבורי. לנוכח זאת מוטלים עליה איסורים ומגבלות רבים מכוח הדין הכללי.[17] מכוח חוק איסור לשון הרע מוטלת עליה אחריות למשודר במסגרתה.[18] מלבד האיסורים וההגבלות מכוח הדין הכללי התקשורת המשודרת כפופה למארג כללים רבים, שהם מגבילים ומחמירים מן ההגבלות החלות על העיתונות הכתובה. נוסף על דרישת רישיון או זיכיון מן המדינה לשידור,[19] מסכת מורכבת של חוקים ואסדרה (רגולציה) מסדירים את תוכן השידורים ותמהילם[20]

15 לנוכח זאת יש שטענו כי הקורא הוא כמעט בחזקת ״קהל שבוי״ בתמונות ובכותרות העיתון. ראו קרניאל ״חופש הביטוי״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 184.

16 ראו בכלליות לעניין זה, Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 HARV. J.L. & TECH. 253, 258 (2006) (“Publishers, on the other hand, by undertaking to edit, are given more responsibility for the ultimate results”); רחל אלקלעי ״אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק״ **המשפט** ו 151, 156 (2001); גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 270–271.

17 לדוגמה הגבלות בדבר הפרת זכויות יוצרים, פרסום פרטים הנוגעים לקטינים, פרסום הפוגע בביטחון ועוד. ראו קרניאל **תקשורת**, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 27.

18 המחוקק כלל בהגדרת אמצעי תקשורת גם את ״שידורי הרדיו והטלויזיה הניתנים לציבור״. אלו כוללים את השידורים המבוצעים על פי חוק רשות השידור, התשכ״ה–1965, ועל פי חוק הרשות השניה לטלויזיה ורדיו, התש״ן–1990, ואת שידורי הטלויזיה בכבלים הנעשים על פי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ״ב–1982. וראו שנהר, לעיל ה״ש 14, בעמ׳ 99 (ס׳ 8.3.3). אחריות אמצעי התקשורת המשודרת ללשון הרע נידונה בפסיקה, כך למשל בע״א (מחוזי י–ם) 8206/06 **סרן ר׳ נ׳ דיין**, פס׳ 230–235 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 7.12.2009) ופסק הדין בערעור לבית המשפט העליון בע״א 751/10 **פלוני נ׳ דיין־אורבך** (פורסם בנבו, 8.2.2012), שם קיבל בית המשפט את הערעור בחלקו, אולם בקביעותיו לא הסתייג בית המשפט מהכרעות בית המשפט המחוזי שנדונו כאן לעניין אחריות אמצעי התקשורת ללשון הרע, אלא פירש פירוש שונה את הגנת אמת בפרסום בחוק איסור לשון הרע.

19 ראו קרניאל ״חופש הביטוי״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 170; קרניאל **תקשורת**, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 32–41. בניגוד לרישיון לעיתון, השידור הציבורי מחייב קבלת זיכיון שאינו ניתן לכל מבקש העומד בתנאי סף, אלא על פי מכרז. יצוין שלאחרונה שונה החוק והועברה הסדרת שידורי הטלויזיה למודל של רישיונות. ואולם, גם כאן ישחק המְאסדר תפקיד מרכזי בפיקוח על בעל הרישיון. כך מועצת הרשות השנייה רשאית לקבוע תנאים והגבלות למתן רישיון נוסף על האמור בחוק. ראו במיוחד ס׳ 33 א(ג) לחוק הרשות השניה לטלויזיה ורדיו.

20 חוק הרשות השניה לטלויזיה ורדיו חל על גופי התקשורת המשודרת המסחרית: מפעילי ערוץ 2, ערוץ 10 והרדיו האזורי, אשר מחויבים בחובות שידור מיוחדות. החוק אינו מסתפק בקביעה מה אסור לשדר אלא נכנס לתחום שלכאורה נתון לשיקול דעת העורך וקובע חובות שידור מיוחדות שמטרתן לעצב את תוכן השידורים, כמו למשל שידור הפקות מקור. ראו להמחשת היקף הסדרת

כמו גם מטילים חובות נוספות על משדרים בטלוויזיה המסחרית.[21] שידורי הכבלים אף הם כפופים להוראות מגבילות.[22]

אחריות מוגברת זו היא תולדה של כמה טיעונים נורמטיביים. ראשית, בדומה לעיתונות הכתובה, גם למנהלי ועורכי תחנות השידור השונות שיקול דעת בבחירת תכנים לשידור ושליטה בהם. שנית, כאשר מדובר בתקשורת המשודרת, מספר תדרי השידור מוגבל. יש הסוברים כי השולטים באמצעי התקשורת האלקטרוניים מופקדים מטעם הציבור על השימוש במשאב מוגבל זה.[23] שלישית, נגישות התקשורת המשודרת, עצמתה ויכולתה להשפיע על תודעת הצופה מצדיקות אף הן הסדרה שונה ומחמירה יותר.[24]

עם זאת הדין סייג קמעא את אחריות המשדר בהתקיים סייג של **שידור חי**.[25] במקרה זה השליטה על תוכן השידור מוגבלת, ומוחלשות ההצדקות לייחוס הדברים לפלטפורמה. גם מבחינה מעשית קיים קושי למנוע את הפרסום, לפיכך קיימת הצדקה לסייג אחריות. ההכרה בסייג האמור איננה טריוויאלית. כיום, עם התפתחות הטכנולוגיה, אפשר לדחות שידור בכמה דקות ולחסום תכנים פוגעניים. לכן יכול שתהיה שליטה למשדר בשידור חי. השאלה אם לסייג את האחריות ללשון הרע בשידור חי היא אפוא

הפרות בשידור והסנקציות על הפרות אלו: הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו **דוח 2010** 64–75 (2011) www.rashut2.org.il/editor/uploadfiles/Doch%202010.pdf. לעניין זה ראו גם בג״ץ 5872/07 **איגוד מפיקי סרטים וטלויזיה בישראל נ׳ הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו** (פורסם בנבו, 27.10.2010); קרניאל **תקשורת**, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 55–56; ס׳ 5(ב), 7(ג), 63 ו־64 לחוק הרשות השניה לטלויזיה ורדיו.

21 מערכת כללי אתיקה מעצבת את פעילותם של גופי השידור. ברשות השידור הונהג הקוד האתי – ״מסמך נקדי״ – ובאשר לתקשורת מסחרית נקבעו כללי הרשות השניה לטלויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלויזיה ורדיו), התשנ״ד–1994. בנוסף נקבעו כללי אתיקה באשר לפרסומת: כללי הרשות השניה לטלויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלויזיה), התשנ״ד–1994.

22 ראו בהרחבה קרניאל **תקשורת**, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 95–119. כדי לשדר שידורים אלו נדרש רישיון, וראו סי׳ ג לחוק התקשורת (בזק ושידורים) העוסק ברישיון לשירותי כבלים. בנוסף, חברות הכבלים כפופות לאיסורים מכוח הדין. כלל 3 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ״ח–1987, קובע כי על בעל זיכיון למלא הוראות כל דין, ומוזכר במפורש איסור על השפלה או ביזוי. על פי ס׳ 6יב5 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), יחולו כללים (מעין אלו) אשר מתייחסים לזכיונות גם על בעלי הרישיונות הנוכחיים.

23 ראו ״קרניאל ״חופש הביטוי״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 171; קרניאל **תקשורת**, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 33–34.

24 לדוגמה, המדיה המשודרת נגישה אף לילדים שאינם יודעים קרוא וכתוב. יש שאף טענו כי משעה שהצופה בחר לצפות במרקע הוא חשוף למסר המשודר כקהל שבוי. ראו קרניאל ״חופש הביטוי״, שם, בעמ׳ 184.

25 במקום שהפרסום נעשה בשידור חי והמשדר לא ידע ולא היה יכול לדעת על הכוונה לפרסם לשון הרע, עומדת לו הגנת תום לב לפי ס׳ 15(12) לחוק איסור לשון הרע; ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 354; שנהר, לעיל ה״ש 14, בעמ׳ 250. נציין כי חריג דומה לעניין תום לב ואי־ידיעה בכוח ובפועל קיים גם בס׳ 18(2)(א) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ״א–1981.

שאלה של איזון.[26] נקודת האיזון שאימץ המחוקק הישראלי היא פטור למשדר מאחריות לשידור חי בתום לב. בארצות הברית נקודת האיזון שונה.[27]

חברות הטלפוניה נבדלות מן העיתונות הכתובה או התקשורת בכל הנוגע לאחריות לנאמר ולנעשה בתחומן, והן לא נכללו בהגדרת ״אמצעי תקשורת״ בחוק איסור לשון הרע. מנגד הן הוכפפו לחקיקה קפדנית ולחובות נוספות מכוח הדין.[28] לצד חובות אלו הדין הקנה להן חסינות מאחריות נזיקית.[29] חברות הטלפוניה נעדרות שליטה עריכתית וידיעה על תוכן המידע העובר דרכן. תפקידן מתמצה בהעברת שיחות כתעלה פסיבית בין משתמשי הקצה שלהם מיוחסת התשדורת.[30] לאור זאת, הן מכונות לעתים ״מוביל״ (“common carrier”).

26 מחד עומדת חשיבותו של השידור החי (להבדיל מן המושהה) וחופש הצפייה באירועים בזמן אמת. דחיית שידורים חיים עשויה להביא לפגיעה ניכרת באמיתות חדשות ובחוויית הצפייה בשידור. מאידך עומדת השאיפה לצמצום פרסום לשון הרע ולשמירה על כבוד האדם. ראו Ira P. Robbins, *Digitus Impudicus: The Middle Finger and the Law*, 41 U.C. DAVIS L. REV. 1403 ,1449–1450 (2008); Mark Conrad, “*Fleeting Expletives*” *and Sports Broadcasts: A Legal Nightmare Needs a Safe Harbor*, 18 J. LEGAL ASPECTS OF SPORT 175, 199 (2008).

27 בארצות הברית שידור חי כשלעצמו אינו מהווה הגנה. ככל שמדובר בטלוויזיה משודרת היעדר יכולת המשדר לדחות שידור ולעבור על החומר מראש היא רק שיקול לפטור: Broadcast Decency Enforcement Act of 2005, Pub. L. No. 109-235, 120 Stat. 491 (2006); ANGIE A. WELBORN & HENRY COHEN, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, REGULATION OF BROADCAST INDECENCY: BACKGROUND AND LEGAL ANALYSIS (2005); Robbins, לעיל ה״ש 26, בעמ׳ 1442; Jenifer L. Marino, *More ‘Filthy Words’ But No ‘Free Passes’ for the ‘Cost of Doing Business’ : New Legislation is the Best Regulation for Broadcast Indecency*, 15 SETON HALL J. SPORTS & ENT. L. 135, 137 (2005). נציין כי החוק חל על טלוויזיה בשידור ותחולתו אינה משתרעת על שידורי כבלים. בספרות נמתחה ביקורת על אסדרה סלקטיבית זו. המבקרים טענו כי הצופה עובר בין ערוצים ואינו נותן לבו לשאלה אם הוא צופה בטלוויזיה בשידור או בכבלים. משכך, הסדרה חלקית מסוג זה אינה יעילה. ראו Lindsay LaVine, *Legislative Update: The Lion, the Witch (Hunt) and the Wardrobe Malfunction: Congress’s Crackdown on Television Indecency*, 15 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. 385, 407–408 (2005).

28 על חברות הטלפוניה חלה החובה לספק את השירות לכל דורש בתעריפים סבירים. חוק התקשורת (בזק ושידורים) קבע את המסגרת להסדרת פעילותיהן. החוק אפשר לשר להעניק רישיון לביצוע פעולות בזק, ראו ס׳ 4 לחוק. כן ראו ס׳ 8 ו־10 לרשיון כללי ל״בזק״, החברה הישראלית לתקשורת בע״מ, התשנ״ד–1994, י״פ 2517. כמו כן מכוח חוק הבזק הותקנו תקנות הבזק השונות שהסדירו את התנהגות חברות הטלפוניה.

29 ס׳ 40 ו־41 לחוק התקשורת (בזק ושידורים) הקנו חסינות לבעל רישיון בתחום הבזק (למעט נזק ישיר מפעולתו ונזק מפעולה מכוונת, או מרשלנות חמורה).

30 ראו אלקלעי, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 157; זהו הדין גם במשפט האמריקאי, RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §612 (1977); גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 275–276.

2. ספק התוכן – מאפיינים והשוואה לתקשורת המסורתית

האינטרנט מציב סוגיות חדשות בכל הנוגע לאחריות מתווכים. התקשורת באינטרנט נבדלת מן התקשורת המסורתית בשלושה היבטים עיקריים: א) היא מסוגלת להכיל מספר כמעט בלתי מוגבל של מקורות אינפורמציה, נגישה כמעט ללא עלות ומאפשרת להגיע לתפוצת מידע רחבה ומהירה; ב) באשר לתוכני גולשים (להבדיל מתוכן מערכת), על פי רוב אין בה מוציאים לאור או עורכים השולטים על הפצת המידע;[31] ג) מרכז הכובד עבר לאינדיווידואלים המפיקים את התכנים (להבדיל מחברות מרכזיות המפיצות אותם). המשתמשים אינם קהל פסיבי אלא משתתפים בייצור אינטראקטיבי של תכנים באופן המאפשר תגובה ועדכון מהירים.[32]

במבט ראשון נראה כי מכל הפלטפורמות הוותיקות שצוינו לעיל האנלוגיה הראויה היא בין הספק המקוון לחברות הטלפוניה. הספק הוא במה בלבד, הוא אינו בוחר את התכנים ומעבירם כתעלה פסיבית. בנוסף, כמות הביטויים אשר עוברת דרכו עצומה, וקשה לצפות מהספק לבחון את תוכניהם.[33] מכאן, שאפשר לטעון כי יש מקום לפטור את הספק מכל אחריות בדומה לחברות הטלפוניה.

מבט מעמיק יותר מגלה כי השוואת הספק המקוון לחברות הטלפוניה אינה מדויקת. קשה לייחס לחברות הטלפוניה ידיעה (אף בכוח) על תוכן המידע העובר דרכן. הן אינן מפעילות שליטה עריכתית באשר לתכנים אלו (פעולה מעין זו אסורה).[34] בנוסף, המידע העובר דרכן איננו מופץ בפומבי ונותר לרוב בין הצדדים לשיח. לכן היקף הנזק הפוטנציאלי מביטוי המועבר באמצעות טלפוניה נמוך יותר.[35] לעומת זאת ספק התוכן

31 DON TAPSCOTT & ANTHONY D. WILLIAMS, WIKINOMICS: HOW MASS COLLABORATION CHANGES EVERYTHING 36–37, 147 (2008); אלקלעי, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 151.

32 קרניאל ״חופש הביטוי״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 186; בירנהק ״אתיקה״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 180.

33 להמחשה נציין כי מדי דקה מועלים לאתר Youtube סרטונים רבים מאוד אשר אורכם הכולל הינו למעלה מ־60 שעות. ראו ״יו־טיוב ממשיך לשבור שיאים: מדי יום נרשמות ארבעה מיליארד צפיות בסרטונים באתר״ **אנשים ומחשבים** 24.1.2012 www.pc.co.il/?p=78743. ראו גם מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 376–377 (2010) (להלן: בירנהק **מרחב פרטי**), המציין כי בחינת התכנים דורשת משאבים רבים.

34 הפעלת שליטה עריכתית ללא הסכמת הפרטים המשוחחים עולה כדי עבירה על חוק האזנת סתר. לכן נראה כי הדין אוסר על חברות הטלפוניה להפעיל שליטה עריכתית על תוכני השיח.

35 אם השיחה אינה נערכת בפומבי, היא לרוב אינה מופצת לציבור הרחב. השיחה איננה גלויה לכלל אלא לכל היותר לנמצאים בקרבת המשוחח. אמנם כיום הטכנולוגיה מאפשרת לקיים שיחות רבות משתתפים, למשל באמצעות שיחות ועידה, אולם לכל צד לשיח שליטה על קהל המשתתפים והשומעים בצד שלו, והשליטה אינה בידי חברות הטלפוניה.

המקוון אינו אך ״צינור״ כסוי עיניים לתנועה המתנהלת בו.[36] מבחינה טכנית, כלכלית ומשפטית עומדת לו אפשרות להפעיל שליטה עריכתית, להשפיע על תכנים ולהסיר מידע מן השרתים.[37] בפועל אין זה נדיר שספק תוכן משתמש ביכולתו להפעיל שליטה,[38] ופרקטיקה זו אף זכתה לעידוד במקרים מסוימים.[39] בשל הבדלים מרכזיים אלו קשה ללמוד גזרה שווה בין הדין המסדיר את אחריות חברות הטלפוניה לבין ספקי התוכן.

פומביות המסר ברשת האינטרנט ויכולת השליטה של הספק בתכנים יוצרות נקודת השקה לתקשורת המשודרת. באינטרנט, בדומה לשידור, אפשר להעביר מסרים לציבור רחב ולא מסוים של צרכנים. אולם מבט מעמיק מגלה כי גם כאן אין מקום ללמוד גזרה שווה. המְשַדֵּר מתאפיין בריכוזיות ומשתמש בתדרים שהם משאב ציבורי מוגבל. אחריותו נובעת לא רק מעצם שידור הדברים ושליטתו בהם אלא גם מכוחו הציבורי של המדיום והשפעתו על דומיננטיות המסר במסגרתו.[40] לעומת המשדר ספק התוכן אינו משתמש במשאב ציבורי מוגבל של תדרים. בנוסף, בשונה מן המשדר, מבנה האינטרנט מבוזר ואינו ריכוזי. ייתכנו ספקים רבים, וקיומם איננו תלוי ברישיון מן המדינה. על כן ברוב המקרים הדומיננטיות של כל משאב מידע אינטרנטי מצומצמת יותר.[41] כמו כן כאשר מדובר בתוכן גולשים, להבדיל מתוכן מערכת, הספק אינו מפיק את התכנים, רוב הספקים אינם בוחרים את התכנים לפרסום, ולרוב המשתמשים מעלים אותם לרשת בזמן אמת.

36 בעניין מור – עליון, לעיל ה״ש 4, בפס׳ לד לפסק הדין, הבחין השופט רובינשטיין בין ספקיות שירותי אינטרנט שהן ״צינור״ כסוי עיניים לבין אתרי אינטרנט.

37 Assaf Hamdani, *Who's Liable For Cyberwrongs*?, 87 CORNELL L. REV. 901, 945 (2002).

38 ספק התוכן יכול להפעיל שליטה מראש (לפני פרסום התכנים) או בדיעבד (לאחר פרסומם). הפעלת השליטה איננה מתבצעת רק באשר לתכנים מזיקים. ראו קרין ברזילי־נהון וגד ברזילי ״חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה״ **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 483, 502 (מיכאל בירנהק עורך, 2006); טל ז׳רסקי ״שקיפות בסינון תכנים: הצעה לפעולה״ **חוקים** ב 133 (2010) (להלן: ז׳רסקי ״שקיפות בסינון תכנים״).

39 ראו לדוגמה מסמך ההבנות שגובש בשיתוף עם איגוד האינטרנט הישראלי המעודד אתרים להסיר, או לסנן, תכנים שהם על פני הדברים מפרי חוק: www.isoc.org.il/hasdara/hasdara_users.html.

40 עמד על כך בהרחבה השופט אמיר בת״א (שלום כ״ס) 7830/00 **בורוכוב נ׳ פורן** (פורסם בנבו, 14.7.2002). בפס׳ 43 לפסק הדין הוא ציין כי בבואו ליצור פיקוח ממשלתי על כלי תקשורת, עמדו לנגד עיני המחוקק **האמינות הגבוהה** המיוחסת למה שכתוב ב״עיתון״ או ״אמרו בטלויזיה״, מה שאין כך כשמדובר ברשת האינטרנט.

41 יצוין שאף באינטרנט פועלים ספקי תכנים מרכזיים (אשר חלקם מסונפים לכלי תקשורת מרכזיים במדיה אחרת), אולם נראה כי נכון לעכשיו ההילה הציבורית סביבם פחותה מזו המיוחסת ל״מדורות השבט״ המאפיינות כלי תקשורת אחרים.

אולם קיים דמיון רב בין הספק המקוון לחריג השידור החי. בדומה למשדר שידור חי, חלק ניכר מתוכן המשתמשים עולה לרשת בזמן אמת, ללא עריכה ותיווך. אך גם אנלוגיה זו אינה מדויקת. שידור חי משודר וחולף מן העולם. לעומת זאת רוב הביטויים בשיח האינטרנטי נותרים על גבי הפלטפורמה, והמשתמשים יכולים לאתרם בנקל מאוחר יותר (במיוחד תוך הסתייעות במנועי חיפוש).[42] אמנם גם שידור חי אינו תמיד בר חלוף, הואיל והטכנולוגיה מאפשרת הקלטה רציפה של שידורים לצפייה מאוחרת יותר,[43] אולם כאשר מדובר בהקלטת שידור חי, השליטה על ההקלטה נתונה למשתמש הקצה ולא למשדר.[44] מנגד, באינטרנט, התכנים נותרים על גבי הפלטפורמה והשליטה עליהם נתונה לה.

נסכם כי אי אפשר לערוך היקש מלא בין הספק לכלי התקשורת המסורתית. ניתוח משטרי האחריות החלים על כלי תקשורת שונים מגלה כי כל מדיום מוסדר במשטר אחריות נפרד, על פי מאפייניו. התאמת משטר ההסדרה למאפייני המדיום היא מודל מחשבתי שראוי לאמצו.

3. אחריות הספק – הדין המצוי והמשפט המשווה

(א) כללי

אחריות הספק ללשון הרע לא הוסדרה בחקיקה מפורשת. הדין הפוזיטיבי עולה מכמה הקשרים ומקורות: ראשית, החלת האחריות העקיפה בחוק איסור לשון הרע; שנית, החלת אחריותו מכוח עוולת הרשלנות – אחריות בגין מחדל רשלני למנוע עוולות ביטוי, או לצמצם את נזקיהן. הפסיקה בסוגיות אלו התרכזה בערכאות הנמוכות.[45] הפסיקה

42 עם זאת נציין כי יש חריגים לכך ומתקיימות גם מסגרות שיח וצורות ביטוי ברשת אשר דומות יותר לשידור חי. לדוגמה עדכוני בלוגים וטוויטר, הנשלחים מידית לדוא״ל של חברי רשימת התפוצה. במקרים מעין אלו אי אפשר להחזיר את הגלגל לאחור.

43 לדוגמה, ממירי Tivo.

44 כל משתמש קצה עשוי לבחור להקליט תכנים שונים. משתמש עשוי להחליף תכנים עם משתמשים שונים ולהגדיל את קשת התכנים הזמינים לצפייה, אולם תכנים שלא בחר להקליט בעצמו אינם זמינים לו כברירת מחדל.

45 זאת, למעט ערעור בחירות (שבמסגרתו שופט בית המשפט העליון יושב בכובעו כיושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת), שבו התייחס השופט חשין לשאלה אם האינטרנט הוא אמצעי תקשורת לעניין חוק הבחירות לכנסת. פסק הדין לא התייחס להקשר אחריותו הנזיקית של הספק. תב״מ 16/01 **סיעת ש״ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ׳ חבר־הכנסת אופיר פינס־פז, סגן יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית**, פ״ד נה(3) 159 (2001) (להלן: עניין **פינס**). כמו כן מצאנו אמרות אגב בשאלת אחריות הספק בדיון בשאלת חשיפת גולשים בעניין **מור – עליון**, לעיל ה״ש 4, פס׳ לד לפסק דינו של השופט רובינשטיין, אך גם אמירה זו נעדרת תוקף של תקדים מחייב.

אינה מציגה עמדה אחידה בשאלת תחולת מקורות משפטיים לעניין אחריות הספק ואף איננה מבחינה בין הקשרים שונים המתעוררים בתוך המרחב המקוון.

(ב) אחריות הספק – הדין המצוי

סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע מטיל על ״אחראי לאמצעי התקשורת״ אחריות אזרחית בגין פרסום לשון הרע.[46] הפסיקה התחבטה בשאלה אם יש מקום להרחיב את תחולת הסעיף על מדיום האינטרנט ולהטיל על הספק אחריות מכוחו כאשר התכנים המעוולים נכתבו על ידי משתמשים.

מסקירת פסיקת בתי המשפט עולות כמה גישות, אולם נראה כי למעט במקרים קיצוניים, לא יוחל חוק איסור לשון הרע על הספק המקוון מכוח סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע. הגישה הדומיננטית בפסיקה מדגישה את מאפייניו המיוחדים של האינטרנט ביחס למדיה המסורתית וקובעת כי אין מקום לכלול את מדיום האינטרנט בהגדרת אמצעי תקשורת.[47] לצד גישה זו הובעה דעה שלפיה האינטרנט בא בגדר אמצעי תקשורת, ויש מקום להטיל אחריות על הספק ללשון הרע. עם זאת נראה כי יש מקום לבחון דעה זו לאור העובדות שבהן אומצה. אלו לרוב מצבים שבהם הביטוי התפרסם באתר אינטרנט שהיה דרך הפצה נוספת של עיתון מודפס ולא תוכן שמקורו במשתמשים.[48] בנוסף, הובעה דעה שלפיה אפשר להחיל את סעיף 11 לחוק לשון הרע על פרסום באינטרנט באופן מסויג, בהתקיים ארגון ו״יד מכוונת״ באשר לחלקו החדשותי של אתר המתנהל בדומה לעיתון.[49]

מלבד חוק איסור לשון הרע בחנה הפסיקה את האפשרות להטיל אחריות על הספק מכוח העיקרון הכללי של עוולת הרשלנות.[50] גם בהקשר זה התרכזה הפסיקה בערכאות הנמוכות והציגה גישות שונות: גישה מחמירה הציבה רף הוכחה גבוה להטלת אחריות

46 ס׳ 11 לחוק איסור לשון הרע מטיל אחריות פלילית ונזיקית בשל פרסום לשון הרע באמצעי התקשורת על מחבר התוכן ועל גורמים שאפשרו את הפרסום. ס׳ 11(ג) מגדיר ״אמצעי תקשורת״ כך: ״עתון כמשמעותו בפקודת העתונות (להלן – עתון) וכן שידורי רדיו וטלויזיה הניתנים לציבור״.

47 ראו עניין **פינס**, לעיל ה״ש 45; ת״א (שלום ת״א) 51859/06 **דיסקין נ׳ הוצאת עיתון הארץ בע״מ**, פס׳ 67–69 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.10.2008); עניין **בורוכוב**, לעיל ה״ש 40, פס׳ 39–43 לפסק דינו של השופט אמיר.

48 ק״פ (שלום ת״א) 145/00 **וייסמן נ׳ גולן** (פורסם בנבו, 2.9.2002).

49 ת״א (שלום ראשל״צ) 5844-07 **וינטרוב נ׳ גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע״מ** (פורסם בנבו, 3.12.2009).

50 אפשר להטיל אחריות בעוולת הרשלנות בגין מחדל רשלני למנוע עוולת ביטוי או מחדל להסיר ביטויים משמיצים בכפוף להוכחת יסודות האחריות בעוולת הרשלנות (התרשלות, קשר סיבתי וחובת זהירות). ראו ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** כרך א 420 (2012) (להלן: גלעד **גבולות האחריות**). על היחס בין האחריות מכוח חוק איסור לשון הרע להטלת אחריות במחדל מכוח עוולת הרשלנות ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 210–212.

על הספק מכוח עוולת הרשלנות.[51] גישה זו פטרה את הספק מאחריות אף כאשר קיבל התרעה על התכנים המשמיצים והיה מודע לתכנים אלו אך עמד מנגד ולא פעל להסרתם.[52] גישת ביניים הציעה להטיל אחריות ברשלנות על מפעיל אתר אינטרנט בגין אי־הסרת תגובות פוגעניות לאחר שנתבקש למחוק אותן (בדומה למשטר ״הודעה והסרה״ שעליו נעמוד בהמשך).[53] מנגד מצאנו גישות מקלות יותר להחלת העוולה. במקרים מסוימים הכירה הפסיקה בחובת זהירות לנקיטת אמצעי זהירות והטילה אחריות על ספק שלא נקט די אמצעי זהירות למניעת תכנים משמיצים ופוגעניים בפלטפורמה שבבעלותו.[54] מה עוד שבכמה פסקי דין נקבע כי הספק אחראי ברשלנות בשל מודעותו לתוכן המשמיץ באתר אף שלא קיבל הודעה על תכנים אלו.[55] הסקירה שלעיל מגלה כי חסרה תזה משפטית אשר יכולה להסביר את העמדות השונות אשר עולות מהפסיקה הקיימת.

הפסיקה בערכאות הנמוכות אף בחנה טענות באשר לאחריותו העקיפה של הספק בדיני נזיקין כמשדל או כמסייע ללשון הרע מכוח העקרונות הכלליים של פקודת הנזיקין. נקבע כי הספק המקוון אינו ממלא אחר התנאים בדין הכללי לקיומה של אחריות עקיפה זו.[56] בסוגיה משיקה (זכויות יוצרים), הובהר לאחרונה כי אחריות עקיפה תוטל רק בהתקיימם של שלושה תנאים מצטברים: קיומה של הפרת דין ישירה, מודעות הספק להפרה ותרומה משמעותית לביצועה.[57] ספק פסיבי אכן אינו ממלא תנאים אלו. יש מקום להניח שהתנאים האמורים ייבחנו גם בהקשר שלפנינו.

51 בעניין **בורוכוב**, לעיל ה״ש 40, פס׳ 55 לפסק הדין. השופט אמיר סבר כי יש מקום להטלת אחריות ברשלנות רק כאשר הנפגע התלונן בפני הספק על התכנים הפוגעניים, הפרסום פוגע ואסור על פני הדברים, ולספק יכולות מניעה סבירות.

52 ראו ת״א (שלום ת״א) 37692/03 **סודרי נ׳ שטלריד**, פס׳ 40 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.8.2005).

53 ראו ת״א (שלום ת״א) 12281/07 **הופמן נ׳ תפוז אנשים בע״מ**, פס׳ 19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.7.2011).

54 ת״ק (תביעות קטנות ת״א) 8796-06-08 **דוביצקי נ׳ שפירא** (פורסם בנבו, 26.10.2008) (להלן: עניין **דוביצקי**). פסק הדין אושר בערעור על גובה הפיצוי, רע״א 1700/10 **דוביצקי נ׳ שפירא** (פורסם בנבו, 20.5.2010) (להלן: רע״א **דוביצקי**). האחריות הוטלה בעוולת הרשלנות בגין אי־נקיטת אמצעי זהירות ועיצוב אתר פתוח המאפשר לכל אחד ליצור פרופיל מזויף, אף שהספק לא היה מודע בפועל לתכנים הפוגעניים והסירם לאחר קבלת הודעה עליהם.

55 ראו ת״א (שלום ת״א) 32986/03 **בושמין נ׳ רפואה־אהרונוביץ׳** (פורסם בנבו, 16.3.2008); ת״א (שלום ת״א) 176992/09 **אברמוב נ׳ פרנקל** (פורסם בנבו, 21.3.2011).

56 ראו ת״א (שלום ת״א) 12773/08 **לביב נ׳ גוגל ישראל בע״מ**, פס׳ 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.10.2009). פסק הדין עסק במנועי חיפוש, אך הנמקתו תקפה לענייננו. נקבע כי למנוע החיפוש אין מודעות לתכנים, ולכן אי אפשר להטיל עליו אחריות בגין עוולות הנובעות מתכנים אלו.

57 פסק הדין עסק באחריות הספק להפרת זכויות יוצרים של גולשים, אולם יפה גם לענייננו. ראו ת״א (מחוזי ת״א) 567-08-09 **א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע״מ נ׳ רוטר.נט בע״מ**, פס׳ 40 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.8.2011) (להלן: עניין **רוטר.נט**). בהסתמך על עניין ע״א

(ג) אחריות הספק על שולחן המחוקק

בשל חוסר הבהירות בשאלת אחריות הספק גברו הקריאות להסדרת אחריותו בחקיקה. קריאות אלו טרם הבשילו לכדי חוק אשר מגדיר עניין זה במפורש. סוגיית אחריות הספקים נדונה בהרחבה בדיוני הוועדה לבחינת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני. הוועדה סברה כי קיים קושי בהצדקת הטלת אחריות על הספק בדבר תכנים שלא חוברו על ידיו. על כן אין מקום להחיל בעניינו את סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע. מסקנת הוועדה הייתה כי המשטר הראוי בעניינו הוא פטור מותנה.[58] לאור המלצות הוועדה גובשה הצעת חוק מסחר אלקטרוני,[59] שבמסגרתה הוצעה גרסה של משטר הודעה והסרה לאחריות הספק. משמעות משטר מעין זה היא שלספק יוענק פטור מאחריות אם מילא חובותיו לטפל בתלונות על תוכני לשון הרע בפלטפורמה.[60]

ההצעה לא השתכללה לכדי חוק.[61] אולם אתרי אינטרנט רבים נוהגים על פי האמור בה.[62] בית המשפט מרבה לציין את הצעת החוק בפסיקתו, אך איננו מגלה גישה עקיבה

5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ׳ בית שוקן להוצאת ספרים בע״מ** (פורסם בנבו, 20.6.2011), כפי שעולה מפס׳ 20 לפסק הדין שהתייחס מפורשות ללשון הרע, אפשר להחיל תנאים אלו גם בעניינו של ספק המעודד לשון הרע בפלטפורמה בבעלותו. להרחבה לעניין אחריות עקיפה ללשון הרע ראו ע״א 6871/99 **רינת נ׳ רום**, פ״ד נו(4) 72, 81 (2002); גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 269; עמוס הרמן **מבוא לדיני נזיקין** 239 (2006). שלושת התנאים המובאים בטקסט אינם מתקיימים כשמדובר בספק המארח תוכני צדדים שלישיים.

58 הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני **דו״ח חלקי** פס׳ 4.2 (2004).

59 ס׳ 10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני, לעיל ה״ש 3.

60 ראו בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 379. מוסבר שם כי המשטר שהוצע הוא ״הודעה, הודעה והפניה לבית המשפט״. במשטר זה האתר אינו צריך לפקח על התכנים מראש, ואינו צריך למהר ולהסיר את התוכן עם קבלת ההודעה. תפקידו לשמש מתווך בין המתלונן לגולש הפוגע. לאחר שנתקבלה תלונה מצד הנפגע, נדרש הספק להעבירה לידי הפוגע לכאורה. אם אינו מגיב, או מסכים להסרה, יוסר התוכן. ביתר המקרים יישאר על כנו.

61 ז׳רסקי ״שקיפות בסינון תכנים״, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 135; **עניין מור – עליון**, לעיל ה״ש 4, פס׳ 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; **עניין פרמייר ליג – עליון**, לעיל ה״ש 4, פס׳ 4 לפסק הדין. פסק דין זה מתייחס לגלגול מאוחר יותר של הצעת החוק הנדונה, אשר זהה בתוכנה בהקשרים הרלוונטיים להצעה הקודמת ואף היא לא השתכללה לכדי חוק. ראו הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשע״א–2011 פ/18/3418.

62 ראו לדוגמה יישום הנוהל באתר רמקול ramkol.wordpress.com/2007/08. מפסקי דין שונים עולה התמונה כי זו הפרקטיקה הנהוגה באתרים רבים, וזמן קצר מרגע פניית התובע לאתר פנייתו מטופלת והפרסומים המשמיצים מוסרים. כך למשל באתרי היכרויות, אתרי עיתונות מכובדים ואתרי קהילה ידועים. ראו בהתאמה עניין **דוביצקי**, לעיל ה״ש 54; עניין **וינטרוב**, לעיל ה״ש 49; עניין **הופמן**, לעיל ה״ש 53. בהקשר משיק של הפרת זכויות יוצרים, קבע בית המשפט בעניין **רוטר.נט**, לעיל ה״ש 57, פס׳ 61, כי אתר אינטרנט אינו חב באחריות לקישור מפר זכויות יוצרים בכפוף לנוהל הודעה והסרה.

בעניין ההסתמכות עליה. לעתים פסק על פי האמור בה[63] ולעתים התעלם ממנה והחיל סטנדרטים מקלים,[64] או מחמירים יותר, לאחריות הספק.[65]

(ד) אחריות הספק – משפט משווה

בדיקה מהירה מעידה על התמודדות מגוונת במדינות העולם עם סוגיית אחריות הספק המקוון. **בארצות הברית** זוכה העניין להתייחסות מפורשת. תיקון לחוק המהוגנות בתקשורת ב־1996 (CDA) הקנה בסעיף 230 חסינות גורפת לספק והעניק לו פטור מאחריות לביטוי משמין.[66] הדין לא הבחין בין ספקים הנוקטים מדיניות עריכתית אקס אנטה לאלו שאינם עושים כן והקנה חסינות גורפת.[67] סעיף 230 האמור זכה לדיונים מרובים בבתי המשפט לאחר חקיקתו. בתי המשפט הדגישו את חשיבות ההסדר לשמירה על

63 ראו עניין **דיסקין**, לעיל ה״ש 47, פס׳ 132 לפסק הדין; ת״א (שלום קר׳) 4815-02-09 **ידיעות אינטרנט – מפעילת אתר ווי־נט נ׳ מור** (פורסם בנבו, 13.9.2009) (להלן: עניין **מור – מחוזי**); וראו עניין **לביב**, לעיל ה״ש 56, פס׳ 9–10 לפסק הדין.

64 ראו עניין **סודרי**, לעיל ה״ש 52, פס׳ 40 לפסק הדין, שבמסגרתו נדחתה תביעה נגד אתר היידפארק, בגין לשון הרע. השופטת רונן סברה כי אין להטיל אחריות על הספק והעלתה ביקורת כלפי משטר ההודעה וההסרה; בעניין **בורוכוב**, לעיל ה״ש 40, הותווה מבחן מצמצם שלפיו תוטל אחריות רק בהתקיים מבחן תלת־שלבי: ידיעה בפועל, ודאות הפגיעה ויכולת מניעה.

65 בעניין **בושמיץ**, לעיל ה״ש 55, האחריות הוטלה בעוולת הרשלנות. בעניין **דוביצקי**, לעיל ה״ש 54, בית המשפט התעלם מהצעת החוק והכריע לפי כללי עוולת הרשלנות. וכך גם בעניין **אברמוב**, לעיל ה״ש 55.

66 Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C § 230 (2006). הסעיף נחקק בעקבות עניין פרודיג׳י, Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co., 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995), שבו הוטלה אחריות על ספק שבחר לסנן תכנים באופן וולונטרי. החוק נחקק בעקבות ביקורת על תוצאת פסק הדין. הרציונל שמאחורי הפטור הוא קידום השימוש באינטרנט ושירותי מחשב אינטראקטיביים, כמו גם שימור החיות והשוק החופשי התחרותי. רציונל מרכזי שהוזכר בהקשר זה היה להימנע מ״אפקט מצנן״ על השיח. מתן הפטור אף אמור להעשיר את הביטוי ברשת בכך שיוביל להתפתחות דינמיקת ״שומרוני טוב״ בקרב ספקי התכנים; הפטור יעודד את הספק לסנן ביטויים מזיקים מן הפלטפורמה שבבעלותו ללא חשש מהטלת אחריות במקום שפעולות הבקרה לא צלחו. ראו Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 262; Citron, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 114–117; Ali Grace Zieglowsky, Note, *Immoral Immunity: Using a Totality of the Circumstances Approach to Narrow the Scope of Section 230 of the Communications Decency Act*, 61 HASTINGS L.J. 1307, 1311 (2010).

67 יצוין כי דין שונה חל באשר לאחריות הספק להפרות זכויות יוצרים. ראו Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, § 512, 112 Stat. 2860, 2877 (1998) (להלן: חוק המילניום); Jonathan J. Darrow & Gerald R. Ferrera, *Social Networking Web Sites and the DMCA: A Safe-Harbor from Copyright Infringement Liability or the Perfect Storm?*, 6 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 1 (2007); ניבה אלקין־קורן ״המתווכים החדשים ׳בכיכר השוק׳ הווירטואלית״ **משפט וממשל** ו 381, 393 (2003).

חופש הביטוי ובתחילה פירשו אותו בהרחבה.[68] אולם בשנים האחרונות הביעו אי־נוחות מחסינות גורפת זו וניסו לפרשה בצמצום.[69] עם זאת החסינות הרחבה המוקנית בחוק זה עדיין חזקה.[70] **האיחוד האירופי** קבע נקודת איזון דומה לזו שנקבעה בהצעת חוק מסחר אלקטרוני. לפי הדירקטיבה אשר מסדירה נושא זה, הספק אינו חייב בניטור מוקדם של תכנים, אך עם קבלת הודעה על תכנים פוגעניים עליו להסירם בהקדם.[71]

4. שיקולים נורמטיביים לאחריות ספקי תוכן

סוגיית אחריות ספק התוכן לתוכני צדדים שלישיים נמצאת בצומת של כמה ענפי משפט. ראשית, העניין נוגע לדיני לשון הרע בפרט ולצדם דיני הנזיקין הכלליים. כמו כן ההקשר הטכנולוגי האינטרנטי הוא הקשר מיוחד המעורר סוגיות ייחודיות. גם שיקולים מתחום המשפט החוקתי הנוגעים לזכות לחופש ביטוי חשובים לניתוח.

(א) שיקולים נורמטיביים עיקריים לאחריות נזיקית לביטוי בזירה טכנולוגית אינטרנטית
תחילה נבדוק איזו תוצאה רצויה לעניין אחריות הספק לפי העקרונות הקלסיים של דיני הנזיקין. על פני הדברים העקרונות המרכזיים בדיני הנזיקין מובילים למסקנה כי ראוי להטיל אחריות על הספק המקוון. על פי עקרונות אלו, יש להטיל אחריות על גורם היוצר

68 Zeran v. Am. Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); Blumenthal v. Drudge, 992 F.Supp. 44 (D.D.C. 1998); Ben Ezra, Weinstein & Co. v. Am. Online, Inc., 206 F.3d 980 (10th Cir. 2000).

69 Doe v. GTE Corp., 347 F.3d 655 (7th Cir. 2003); Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC., 489 F.3d 921 (9th Cir. 2007); Barnes v. Yahoo!, Inc., 570 F.3d 1096 (9th Cir. 2009).
לסקירת ניסיונות בתי המשפט להגביל את תחולת החסינות ראו David S. Ardia, *Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity Under Section 230 of the Comunications Decency Act*, 43 LOY. L.A. L. REV. 373, 459 (2010); Varty Defterderian, *Fair Housing Council v. Roommates.com: A new Path for Section 230 Immunity*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 563, 547 (2009).

70 בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 378.

71 Directive 2000/31/EC, of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce), 2000 O.J. (L 178) 1.
הדירקטיבה הוטמעה בחקיקה הפרטיקולרית של חלק ממדינות האיחוד. להרחבה ראו Joris van Hoboken, *Legal Space for Innovative Ordering: On the Need to Update Selection Intermediary Liability in the EU*, 13 INT'L J. COMM. L. & POL'Y 49 (2009); Broder Kleinschmidt, *An International Comparison of ISP's Liabilities for Unlawful Third Party Content*, 18 INT'L J.L. & INFO. TECH. 332, 345–348 (2010).

סיכון ולהביא לצדק מתקן.[72] מן ההגינות לחייב פרט החושף את זולתו לרמת סיכון חריגה לשאת בעלות הסיכון אשר גרם. במילים אחרות, עליו להפנים את הנזקים הנגרמים מפעולותיו. ספק התוכן מספק מסגרת לפעילות יוצרת סיכון ובכך מסייע לה, ולפיכך עליו לשאת באחריות לתוצאותיה. תוצאה זו מתחזקת כאשר יוצר הסיכון מפיק תועלת מיצירת הסיכון, הואיל ולא צודק שהנפגע יישא בסיכון שיוצר הסיכון נהנה מיצירתו.[73]

מנגד אפשר לטעון כי הספק אינו מעוול ראשי אלא הוא אך במה. הוא איננו יוצר, בוחר או עורך את התכנים ולא הוא שהשמיץ את הנפגע. לפיכך אין מקום לראות בו אחראי ליצירת הסיכון ולנזק שנגרם. כמו כן אפשר לקרוא תיגר על טענה בדבר רווח כלכלי מקיום העוולה (פרסום הביטוי).[74] במקרים רבים פרסום תכנים מעין אלו דווקא מזיק לספק, פוגע בחוויית משתמשים אחרים ובמוניטין שלהם ולגביהם אין הספק נהנה מהסיכון שהוא יוצר.[75] לפיכך טיעון זה איננו מוביל למסקנה ברורה.

מלבד אחריות ישירה החלת דיני המעוול המשני החייב בגין אחריות תורמת כמשדל או מסייע אינה תואמת את מצבו של הספק. אחריות מעוול משני זה מצריכה ידיעה בפועל על התקיימות העוולה. ספק מארח על פי רוב הוא רק במה, הוא איננו מודע בפועל לתוכן משמיץ קונקרטי על גבי הפלטפורמה,[76] ופעולותיו אף אינן בבחינת תרומה משמעותית להפרת דין.[77]

72 ראו George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 537–564 (1972) וכן גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה״ש 50, 59–64; הרמן, לעיל ה״ש 57, בעמ׳ 11.

73 ראו ישראל גלעד ״על גבולות ההרתעה היעילה בדיני־הנזיקין״ **משפטים** כב 421, 425 (1994) (להלן: גלעד ״על גבולות ההרתעה״); יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 436 (גד טדסקי עורך, 1976).

74 ראו Hamdani, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 916. הגם שהוא תומך בהטלת אחריות, הוא סבור כי ראוי לסייגה ומתייחס לשיקול זה כשיקול מנחה לסייג את אחריות הספק.

75 רוב אתרי האינטרנט, ובפרט אתרי האינטרנט הגדולים, שהם אבן שואבת לשיח אינטראקטיבי, הם אתרים מסחריים, והמודל העסקי של רובם מושתת על רווחי פרסום. הכבדת אחריותם בשל רווח כלכלי תביא לידי דיכוי התפתחות השיח האינטרנטי במסגרתם. נציין כי גם בהקשר דומה לא ראה הדין בארצות הברית ברווח כלכלי שיקול להטלת אחריות על הספק. חוק המילניום, לעיל ה״ש 67, 17 U.S.C. § 512), שעניינו באחריות הספק להפרת זכויות יוצרים, התייחס בתנאי הסף לפטור, בין השאר להימנעות מקבלת הטבה כספית **ישירה** מן התוכן. תנאי זה פורש בצמצום על ידי בית המשפט והוגבל להטבה כספית הנובעת ישירות מן ההפרה. ראו בהרחבה Ferrera & Darrow, לעיל ה״ש 67, בעמ׳ 26; Viacom Int'l, Inc. v. Youtube, Inc., 718 F.Supp.2d 514 (S.D.N.Y. 2010) (להלן: **עניין יוטיוב 2010**); SIVA VAIDHYANATHAN, THE GOOGLIZATION OF EVERYTHING AND WHY WE SHOULD WORRY 35–36 (2011), המציין כי אף על פי שיוטיוב פטורה מחובת פיקוח אקטיבית, היא מפקחת על התכנים באתר עקב רצונה לשמור על דימוי חיובי.

76 על פי רוב הספק אינו מוחזק כמודע לביטוי משמיץ על גבי הפלטפורמה בשל ריבוי התכנים בפלטפורמה והבעייתיות שמעוררת הטלת חובה פוזיטיבית על הספק לסנן תכנים. ראו עניין **בורוכוב**,

פרספקטיבה אחרת לבדיקה נורמטיבית בדבר היקף האחריות הרצוי של הספק היא בחינה על פי התאוריות הכלכליות בבסיס דיני הנזיקין.[78] אלה מבוססות על עקרון ההרתעה היעילה ותומכות בהקצאה יעילה של עלות הנשיאה בסיכון. ככלל ראוי שהטלת אחריות תביא לנקיטת אמצעי זהירות ותמנע פעילות שתוחלת נזקיה גבוהה. לפיכך יש להטיל אחריות על מונע הנזק הזול והיעיל ביותר.[79] בבואנו ליישם תובנה כללית זו בסוגיה שלפנינו, אפשר להניח כי הספק הוא המונע היעיל ביותר של נזקי הביטוי. הספק יכול (לפחות מבחינה טכנית) להפעיל שליטה על תוכני הפלטפורמה שבשליטתו. הטלת אחריות תיצור לו תמריץ לנקוט אמצעי זהירות, לפתח מנגנוני הסדרה ולהתייעל. בנוסף, פעמים רבות הספק הוא ״כיס עמוק״ ועשוי להיות מפזר נזק טוב יותר מהמזיק, או הניזוק. לעומת זאת פטור לספק עשוי להביא לתמריץ שלילי להתייעלות ולהיעדר אחריותיות.[80]

לעיל ה״ש 40, פס׳ 55; עניין **סודרי**, לעיל ה״ש 52, פס׳ 28; עניין **לביב**, לעיל ה״ש 56, פס׳ 11 (לעניין מנוע חיפוש). בעניין **רוטר.נט**, לעיל ה״ש 57, בפס׳ 45, נערך דיון בשאלת אחריות ספק כמשדל ומסייע להפרת זכויות יוצרים. גם שם נקבע כי הכלל הוא שבעל אתר אינו מוחזק כמודע ואינו נושא באחריות להפרה תורמת של זכויות יוצרים (מכוח ס׳ 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ״ח–1968 וחוק זכות יוצרים, התשס״ח–2007), אלא לאחר שנמסרה לו הודעה על תוכן מפר. גם מעבר לים הסיקה הפסיקה בסוגיית אחריות ספק להפרת זכויות יוצרים ידיעה רק כאשר נתקבלה הודעה מן הנפגע על הפרה קונקרטית בפועל ולא הסתפקה בידיעה כללית על הפרות. ראו למשל עניין **יוטיוב 2010**, לעיל ה״ש 75; Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F.Supp.2d 1090, 1108 (W.D. Wash. 2004). עם זאת, לאחרונה מצאנו בפסיקה פרשנות רחבה יותר ליסוד המודעות שאינה תחומה לידע על הפרה ספציפית. ראו Viacom Int'l, Inc., v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012).

הערכת מודעות הספק להפרה אינה פשוטה. להרחבה בסוגיית מודעות הספק בסוגיה משיקה של הפרת זכויות יוצרים ראו Dan L. Burk, *Toward an Epistemology of ISP Secondary Liability*, 24 PHIL. & TECH. 437 (2011).

77 הפסיקה לא ראתה בספק תורם תרומה משמעותית להפרת דין כמשדל או כמסייע, למעט במקרים חריגים כאשר מתקיים פורום למטרות פסולות, או עידוד אקטיבי להפרות דין. ראו עניין **רוטר.נט**, לעיל ה״ש 57, פס׳ 54 ואילך וכן ת״א (מחוזי מר׳) 10695-09-09 **Nav N Go Kft נ׳ גולצמן** (פורסם בנבו, 6.9.2011). לפריסת התנאים לשידול וסיוע ראו לעיל ה״ש 57 והטקסט הצמוד לה.

78 קצרה היריעה מלהרחיב באשר לאסכולת הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין, והדיון יתמקד אך בטיעונים המרכזיים מבית מדרשה של אסכולה זו הרלוונטיים לניתוח שלפנינו. להרחבה ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה״ש 50, בעמ׳ 108–114.

79 GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 139 (1970).

80 ראו Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Providers Accountable*, 14 SUP. CT. ECON. REV. 221 (2006). סולוב סבר כי פטור יוביל להיעדר אחריותיות מצד הספק. DANIEL J. SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET 159 (2007).

אך עיון מעמיק יותר מגלה כי התאוריה הכלכלית אינה נותנת מענה ברור לשאלה שלפנינו. אפשר לטעון כי במצבים מסוימים ולאחר שמביאים בחשבון את מכלול מאפייני השוק, הספק איננו מונע הנזק היעיל ביותר של עוולות ביטוי. בניגוד לעורך המדיה המסורתית, אין לספק מרחב זמן, משאבים וכלים לחקור ולברר לעומק את טיבם של ביטויים ואת מידת פגיעתם כמו גם לערוך אותם בזמן אמת. זאת משום שכמות תוכן הגולשים היא אדירה,[81] והמודלים הקיימים מושתתים על הנגשת מידע לציבור, בזמן קצר, וללא עלות למשתמשים. לפיכך כדי למנוע הכבדה לא יעילה על זרימת המידע ופגיעה במידיות השיח יש לשמר את המודל העסקי הנוכחי (והמוצלח). ראוי שהעלות והנזק יופנמו על ידי הניזוקים והמזיקים הישירים (במיוחד במקרים שבהם קל יחסית למזיק ולניזוק להבין ולזהות כי הפעולות הרלוונטיות עולות לכדי עוולה). כל אופצייה אחרת תפגע יתר על המידה בתועלות העולות ממודל התיווך הנוכחי כולו (ובכך תשליך ישירות על מאזן היעילות החברתית הכוללת). מלבד זאת יש שידחו את הטיעון כי הטלת אחריות על הספק תצמצם את אבדן הרווחה המצרפית הואיל והטלת אחריות על ספקים תוביל לפגיעות חברתיות אחרות כדוגמת פגיעה בשיח ובחופש הביטוי, אשר נדון בהם כעת.[82]

(ב) הזכות לחופש ביטוי ואיזונים חוקתיים בבסיס עוולות ביטוי בזירה טכנולוגית אינטרנטית

אחד השיקולים החשובים ביותר באיזון הנדרש לקביעת מדיניות הנוגעת לאחריות הספק הוא חופש הביטוי. כדי להסביר נקודה זו נבחן בקצרה את הבסיס העיוני של הזכות. בהמשך נבחן כיצד זכות זו באה לידי ביטוי במרחב המקוון ונעמוד על האיזונים שבבסיס עוולות ביטוי בזירה האינטרנטית.

חופש הביטוי הוא חלק מהאוטונומיה של הפרט. רציונל זה מדגיש את חשיבות הביטוי לפרט הדובר כחלק מזכותו להתפתחות, להגדרה עצמית, לבניית זהות ולכבוד.[83] לפי תאוריה זו, הביטוי מוגן כמטרה ולא כאמצעי להשגת מטרות אחרות, ובמובן זה יש לו ערך פנימי וחשיבות כשלעצמו. לפיכך התערבות בביטוי וצנזורה מביאות לתוצאה

81 ראו להמחשה לעיל ה״ש 33.

82 אפשר להכליל טיעונים אלו במסגרת הפרדיגמה של הניתוח הכלכלי תוך קביעה כי תוצאת הפנמת הנזק מצד הספק עשויה להיות קשה ולהביא לידי הרתעת יתר. פעילות ספק המבקש להקטין את חשיפתו ונזקיו עשויה להוביל להשפעות שליליות על השיח בחברה, ועל כן תוצאה מעין זו לא תהיה יעילה ולא תשרת את מטרות ההרתעה היעילה. בעניין הקושי בקביעת המונע הזול אשר יצמצם את אבדן הרווחה המצרפית בחברה ראו בהרחבה גלעד ״על גבולות ההרתעה״, לעיל ה״ש 73, בעמ׳ 478–483.

83 לניתוח מקיף ראו עניין **דיין־אורבך**, לעיל ה״ש 18, פס׳ 62 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; אילנה דיין־אורבך ״המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי״ **עיוני משפט** כ 377, 380 (1996); מיכאל בירנהק ״החופש לגלוש בספריות ציבוריות״ **משפט וממשל** ו 421, 442 (2003) (להלן: בירנהק ״חופש לגלוש״); פסח, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 910.

קשה ומבטאות חוסר אישור ובוז להשקפת הדובר ולדרך החיים שהוא מבטא.[84] רציונל אחר העומד בבסיס חופש הביטוי הוא **חקר האמת**. רציונל זה קובע קיום של ״שוק רעיונות״ עשיר ככל האפשר. כאן הרציונל הוא אינסטרומנטלי. הביטוי נתפס במסגרתו כמכשיר להשגת תכלית לעיצוב שוק דעות ולא כמטרה בפני עצמה. הרציונל מעמיד במרכז את התועלת המצרפית הצומחת מגילוי האמת בדרך של תחרות דעות בשוק החופשי, את מקסום כמות הביטויים והסרת מחסומים לכניסתם לשוק.[85] חופש הביטוי ידוע גם בתרומתו לקידום **הדמוקרטיה**. זכות זו מבטיחה כי לאזרחים יהיה המידע הנדרש להשתתפות פעילה בחברה והיא תנאי לזרימת מידע דו־סטרית, ביקורת שלטונית ובחירות אזרחיות מושכלות.[86] בסיס רציונל זה אינו מילותיו של הדובר אלא תודעת השומעים, ועיקר המשקל בדברים ולא בדובר. לפי תפיסה מתוחכמת יותר של רציונל זה, הדמוקרטיה אינה אך שלטון עצמי, ומשמעותה גם **השתתפות** שוויונית בתרבות ובחיים הפוליטיים במובנם הרחב.[87] בהיבט זה הדובר איננו נתפס רק ככלי להעברת מידע, ונודעת חשיבות לאפשרות הניתנת לו להשתתף בפעילות הדמוקרטית על בסיס שוויוני.

הצדקות קלסיות אלו לחופש הביטוי זוכות לעדנה בסביבה הדיגיטלית. כיום כל אחד יכול להיות דובר ולהגשים עצמו באמצעות הביטוי, כך מתממש הרציונל האוטונומי במידה רחבה יותר. במסגרת השיח האינטרנטי כל אחד יכול להפיץ דעתו בפני המון עצום בלחיצת כפתור, וכך גדל גם מספר הדעות, אפשר לנהל תחרות חופשית ביניהן, והרציונל של חקר האמת ושוק הרעיונות הופך למציאות הלכה למעשה. הרציונל

84 Joseph Raz, *Free Expression and Personal Identification*, 11 OXFORD J. LEGAL STUD. 303, 313–316 (1991).

85 ג׳ון סטיוארט מיל **על החירות** 22 (אהרן אמיר מתרגם, 2006); רציונל זה מצא ביטוי מוקדם יותר בכתביו של מילטון, JOHN MILTON, AREOPAGITICA (Cambridge Press, 1933); וראו פסח, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 897; בירנהק ״חופש לגלוש״, לעיל ה״ש 83, בעמ׳ 439; Michael D. Birnhack, *More or Better? Shaping the Public Domain*, *in* THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN 59, 69–70 (2006) (להלן: Birnhack, *More or Better*). השופט הולמס ניסח רציונל זה בדרך של טיעון משפטי וסבר כי המבחן הוא יכולת הרעיון להתקבל בתחרות בשוק הרעיונות: Abrams v. United States, 250 U.S 616 (1919). עוד על רציונל זה ראו בעניין **דיין־אורבך**, לעיל ה״ש 18, פס׳ 64 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

86 הרציונל מזוהה עם מייקלג׳ון, ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT (3rd ed. 2004). ראו עוד: פסח, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 902; דיין־אורבך, לעיל ה״ש 83, בעמ׳ 381; Birnhack, *More or Better*, לעיל ה״ש 85, בעמ׳ 70.

87 Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 3 (2004); בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 310. דמוקרטיה השתתפותית מתייחסת לדואליות הטבועה של חופש הביטוי וממזגת בין חירות היחיד להחלטות קולקטיביות. אפילו שחופש הביטוי הוא אינדיווידואלי, בה בעת הוא גם קולקטיבי.

הדמוקרטי אף הוא ממומש ביתר שאת. בזירה המקוונת האזרח יכול להתבטא בחופשיות, להפעיל כוחו כריבון ולהביא לחשיפת ליקויים בשלטון וניצול לרעה מצדו. במישור ההשתתפותי גישה רחבה לשוק מאפשרת להיות חלק מהתרבות הדמוקרטית ולעצבה.[88]

הניתוח המקובל מניח כי הזכות לחופש ביטוי היא שיקול מרכזי לפטור את הספק מאחריות. הטלת אחריות על הספק עשויה להוביל ל״אפקט מצנן״ על השיח ולפגוע בחופש הביטוי בגדריו. לספק אין תמריץ לחשוף עצמו לאחריות הואיל ומרבית הספקים אינם סובלים הפסד ישיר מכל פריט המוסר. לפיכך מחשש לתביעות (לרבות תביעות סרק) ספק יעדיף למחוק ולהסיר ביטויים מן השיח אף אם אינם משמיצים.[89] למעשה, הטלת אחריות על ספקי התוכן בסביבה הדיגיטלית שקולה להאצלת שיקול הדעת העריכתי לגורמים פרטיים שאינם חייבים בדין וחשבון ובאחריותיות ציבורית.[90] ספק אם רצוי ששיקול דעתם של גופים אלו יתווה את עיצובו של השיח הציבורי.

מנגד, מאפייני האינטרנט מאפשרים לגולשים מבוזרים ומרוחקים לשלב כוחות, ליצור קבוצות שנאה, התקפות מאורגנות, להשמיץ ולפגוע במוניטין. הזירה האינטרנטית יוצרת הקשר מיוחד לעוולות ביטוי המשפיע על מעמדו של אדם ועל המוניטין שלו. תוצאה נגזרת של פטור לספק עשויה להיות השתקת נפגעים, הדרתם מן השיח ודיכוי דיון ציבורי, ולכן למעשה גם פטור לספק עשוי להחליש את השיח ולפגוע בזכות לחופש ביטוי על יסוד כל אחד מהרציונלים אשר צוינו. לנוכח זאת ראוי לבחון גם את זכותו של הנפגע לביטוי בבואנו להתוות איזונים ראויים לאחריות הספק ללשון הרע במרחב המקוון. נסכם כי גם שיקולים המתמקדים באופי המשאב (ביטוי) ובהקשר הטכנולוגי אינם מעניקים תשובה ברורה לשאלת ההסדרה הראויה בסוגיה מורכבת זו. בהמשך רשימה זו נראה (תוך הסתמכות על שיקולים הנוגעים לחופש הביטוי) כי האיזון הראוי בבסיס הסדרת עוולות ביטוי עשוי להשתנות מהקשר להקשר.

88 Balkin, לעיל ה״ש 87, בעמ׳ 37; עניין **דיין־אורבך**, לעיל ה״ש 18, פס׳ 64 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; וכן דברי השופט (כתוארו אז) חשין בעניין **פינס**, לעיל ה״ש 45, בעמ׳ 167: ״רשת האינטרנט, שלא כרדיו וכטלוויזיה, פותחת פתח רחב לפני היחיד לקחת חלק בשיח הפוליטי ולומר את דברו במישרין [...] יהיו אף מי שיאמרו כי זוהי הדמוקרטיה בגאונה: שכל יחיד יוכל לומר את דברו ולהשפיע על חברו ועל מי שאינו חברו״.

89 Mark A. Lemley, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. OF TELECOMM. & HIGH TECH. L. 101 (2007). הספק אינו סובל הפסד ישיר מכל פריט שמוסר, ואף אם ביטוי אינו משמיץ באופן מובהק, יעדיף להסירו כשחרב האחריות מונפת מעליו. חיוב הספק במלוא הנזק יגרום לו לא לייחס די משקל לערך החברתי של הפעילות אלא רק לנזקיה; Hamdani, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 945; בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 376–377.

90 **שם**, בעמ׳ 377.

5. סיכום ביניים: ממודל כללי למודל פרטיקולרי

בחינת מודלים להסדרה על רקע השיקולים הנורמטיביים לאחריות הספק מגלה כי החלה גורפת של משטרים אלו אינה מביאה לידי הסדרה אופטימלית. משטר פטור מאחריות אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי מדיניות שבדיני הנזיקין[91] ואפשר שיוביל להסדרה בחֶסר. התוצאה – היעדר אחריותיות ופגיעה בשמו הטוב של הנפגע ובחופש הביטוי שלו.[92] מנגד משטר אחריות מכוח אחריות עקיפה בדיני לשון הרע, או עוולת הרשלנות,[93] עשוי להוביל להסדרת יתר ולפגיעה בחופש הביטוי.

הסדרה באמצעות פטור מותנה (המכונה ״הודעה והסרה״) מהווה נקודת איזון בעלת יתרונות רבים.[94] במשטר זה הספק פטור מאחריות לתוכני לשון הרע בפלטפורמה אם לא קיבל הודעה על תכנים אלו. לכאורה משטר זה הוא פשרה ראויה. מחד, האתר אינו חשוף לאחריות בגין אי־סינון תכנים מזיקים מיזמתו. מאידך, ספק שלא יסיר תכנים שקיבל הודעה בעניינם יחויב באחריות אם ייקבע כי תכנים אלו הם לשון הרע. אולם גם במשטר זה ההסדרה אינה אופטימלית וחושפת כשלים הן בהגנה על חופש הביטוי והן בהגנה על זכויות הנפגע. ביטויים שהאתר לא קיבל תלונות בעניינם לא יוסרו למרות פוטנציאל הנזק שהם מגלמים.[95] כמו כן פרסום התכנים בטרם ניתנה בקשת הסרה אף היא יכולה ליצור נזק ניכר לנפגע, במיוחד משום שייתכן שהתכנים יועתקו לאתרים אחרים. מנגד כל הביטויים שיוגשו בעניינם תלונות יוסרו אף אם אינם בבחינת לשון הרע.[96] משטר זה אף

91 Lichtman & Posner, לעיל ה״ש 80, בעמ׳ 21.

92 ראו Solove, לעיל ה״ש 80, בעמ׳ 159 ; Citron, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 97–105.

93 להחלת משטר רשלנות ראו בהרחבה אמל ג׳בארין ״על אחריותם של אתרי אינטרנט לתוכן מזיק של משתמשים בראי הניתוח הכלכלי למשפט״ **קרית המשפט** ט 263 (2011). במשטר רשלנות האחריות כבדה יותר ומגיעה כדי חובה למחיקת תכנים פוגעניים אף בטרם התקבלה הודעה בעניינם.

94 נציין כי משטר דומה אומץ בהצעת חוק מסחר אלקטרוני, לעיל ה״ש 3. להרחבה ראו לעיל ה״ש 60. אולם במשטר ״הודעה, הודעה והפניה לבית המשפט״ האתר משמש מתווך בין המתלונן לגולש הפוגע, ועליו להעביר את התלונה לידי הפוגע. אם הפוגע אינו מגיב, או מסכים להסרה, יוסר החומר. בשאר המקרים אין הספק נדרש להסיר את החומר כדי ליהנות מפטור. לעומת זאת במשטר הודעה והסרה על ספק שחפץ ליהנות מוודאות להסיר את התכנים שבעניינם נתקבלה תלונה במהירות מבלי לפנות למזיק קודם לכן בניסיון לקבל את תגובתו.

95 גם לפי גרסה מרוככת יותר של משטר זה במסגרת משטר ״הודעה, הודעה והפניה לבית המשפט״ התוצאה דומה. במשטר זה כל התכנים שהמזיק לא הגיב לפניית האתר בעניינם עשויים להיות מוסרים.

96 Cecilia Ziniti, *The Optimal Liability System for Online Service Providers: How Zeran v. America Online Got it Right and Web 2.0 Proves it*, 23 Berkeley Tech. L.J. 583, 604 (2008); בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 377. פעמים רבות פרסום אינטרנטי הוא האפשרות העיקרית העומדת בפני ניזוק למחות נגד עוולה שנגרמה לו, למשל כאשר הנזק אינו גדול

עשוי להיות מנוצל לרעה להשתקת ביקורת לגיטימית ולכך השלכות קשות. החלת משטר זה תגרום אפוא ל״אפקט מצנן״ ולפגיעה קשה ולא מידתית בחופש הביטוי. לדוגמה, אתרי דירוג וביקורת עשויים להפוך לאתרי מחמאות גרידא. לנוכח זאת הציבור יאבד בהם עניין, ובכך תיפגע זרימת מידע שהיא כלי חשוב להכרעה בהחלטות צרכניות.

נקודת האיזון שמתווה הסדרה באמצעות עוולת הרשלנות אף היא מגלמת יתרונות. רמת האחריות תיקבע על ידי בית המשפט על בסיס מאפייני ההתנהלות של הספק והסיכון שהוא יוצר. זו עשויה לאפשר לנפגע לקבל פיצוי מן הספק אף אם לא הודיע לו על אודות התכנים המזיקים (למשל כאשר נודע לו על הביטוי המזיק זמן רב לאחר פרסומו או באשר לתקופה שקדמה להסרה היזומה). כמו כן עוולה זו מאפשרת לפטור את הספק מאחריות לתוכני לשון הרע, לפתח סטנדרטים של התנהגות סבירה מיוחדים למדיום האינטרנט ואף לפטור את הספק מאחריות אם לא התרשל, או אם שיקולי מדיניות אינם תומכים בהטלת אחריות. על כן עוולה זו תוביל למשטר גמיש יותר המאפשר להתייחס למכלול נסיבות ושיקולים. משטר זה עשוי להגשים טוב יותר יעדים של רווחה מצרפית.[97]

אולם משטר זה אף הוא איננו אופטימלי. פקודת הנזיקין אינה מפרטת קריטריונים לביסוס חובת הזהירות אלא מתייחסת לצורך לצפות את הנזק. צפיות היא פונקצייה של צדק, הגינות וסבירות. מינוחים אלו רחבים וגמישים, ופרשנותם כרוכה פעמים רבות בבעיות מידע ובהתדיינות ארוכה ומסורבלת להוכחת קיומה של החובה וההתרשלות.[98] שאלת אחריות הספק מכוח עוולה זו מתאפיינת אפוא בחוסר ודאות. במשטר זה אין הספק נהנה מ״חוף מבטחים״, ואחריותו עשויה להיות כבדה מזו המוטלת במסגרת האפשרויות שצוינו לעיל, ולחול גם כאשר לא נתקבלה הודעה על תכנים מזיקים אך מבחינה נורמטיבית היה עליו לצפות את הנזק ולמנוע אותו. במשטר רשלנות הספק מצוי אפוא במצב של עימות משפטית באשר לסטנדרט הזהירות המצופה ממנו. עימות זו מכבידה על הספק, ואפשר שתוביל אותו לאימוץ מדיניות הסרה מתגוננת. בכך תגרום להסדרת יתר, שתתבטא בסינון תכנים מבלי שנתקבלה הודעה בעניינם כדי לצמצם את חשיפתו לאחריות. מדיניות זו עשויה להוביל לפגיעה רחבה בחופש הביטוי – אולי אף רחבה מזו שבמשטר הודעה והסרה.

והניזוק אינו פונה לבית המשפט. משטר הודעה והסרה עשוי להשמיט את הקרקע מתחת לאתרים רבים, בפרט אתרים לדירוג וכתיבת ביקורות.

97 מכוחה של חובת הזהירות, שהיא מיסודות עוולת הרשלנות, נשללת אחריות לנזק שגרמה התנהגות לא ראויה אם בחשבון כולל תוצאות האחריות אינן יעילות. כך עוולת הרשלנות מגלמת דרישה שתוצאת העוולה לא תוביל לתוצאות שליליות. ראו בהרחבה גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה״ש 50, בעמ׳ 88–89.

98 פרשנותם של יסודות אלו כרוכה בבעיות מידע בהערכת אמצעי הזהירות השונים, לרבות הטכנולוגיות השונות שעמדו לרשות הנתבע ועלותן היחסית. ראו שם, בעמ׳ 140 ; הרמן, לעיל ה״ש 57, בעמ׳ 53.

לכאורה הבעיות העולות מהפעלת משטרי אחריות שונים הן בנות תיקון – באמצעות שימוש במנגנוני עזר טכנולוגיים ומְאסדרים (רגולטורים). לדוגמה, ייתכן כי אפשר לצמצם את תוצרי הלוואי של הסדרת יתר או הסדרת חסר תוך החלת חובות שקיפות על אתרי הספקים. חובות אלו (אשר ילוו בכלים טכנולוגיים שונים) יצמצמו את העיוותים הנובעים מסינון תכנים ויאפשרו למשתמשים להבין מה היקף האפקט המצנן אשר משפיע על הבניית שדה השיח הווירטואלי. זאת לדוגמה באמצעות פרסום סטטיסטיקות הנוגעות למספר הפריטים שהוסרו, למאפייני פריטים אלו ולסיבות להסרה בכל מקרה. חובות שקיפות עשויות לעתים אף לקדם הגינות בהסדרה וולונטרית של תכנים על ידי הספקים. הספקים יבחרו לפעול במתינות מיזמתם כדי להימנע מפגיעה בתדמית הפלטפורמה כ״שוק רעיונות״ עשיר המשקף את רחשי הציבור.[99] כמו כן אפשר לדרוש מספקים להטמיע בפלטפורמה מנגנונים לשיתוף משתמשים בהסדרה, כגון ממשקים המאפשרים תיוג תכנים מעוולים ודיווח בעניינם. אולם ספק אם בשלב זה אפשר להסתמך על אמצעים אלו. מודלים אלו טרם נבדקו, חלקם כרוכים בבעיות משל עצמם, ואין די בהם כדי להגיע לנקודת איזון ראויה.[100]

לפיכך נראה כי כלל הסדרה אחיד להסדרת אחריות ספק התוכן לא יוכל לאזן כראוי בין השיקולים הנורמטיביים לאחריות. הוא אף לא יהיה רגיש להקשרים שונים של השיח, ולפיכך לא יספק מענה הולם לשאלת אחריותו. ברשימה זו אנו מבקשים להניח את הבסיס למשטר הסדרה פרטיקולרי כדי להביא להסדרה אופטימלית של אחריות הספק. הבחנה מבוססת־הקשר או מדיום רחוקה מלהיות חדשנית, והדין הכיר בה בהקשרים שונים

99 יצירת שקיפות בכל הנוגע להסרת תכנים אף מקדמת את ערכי חופש הביטוי. ידיעה בדבר אופן ביצוע ההסרות תאפשר למשתמשים לקבל החלטות מושכלות באשר להתנהלותם, לממש את האוטונומיה שלהם, לרדת לחקר האמת ולקדם יעדים דמוקרטיים. ראו בהרחבה ז׳רסקי ״שקיפות בסינון תכנים״, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 158–159.

100 החלת חובת שקיפות בסינון תכנים עשויה לפתור גם בעיה של סינון יתר של תכנים משיקולים זרים, למשל דחיקת תכנים שאינם עולים בקנה אחד עם השקפות הספק מן השיח. אולם החלת חובת שקיפות לא בהכרח תפתור את הבעיה ולא תספק מענה מלא כאשר ספק מסנן ומוחק כל תוכן שנראה שנוי במחלוקת משיקולי זהירות וכדי לצמצם חשיפתו לאחריות משפטית.
באשר לחיוב הספק בהטמעת מנגנוני תיוג או דיווח על תכנים מזיקים כתנאי לפטור מאחריות, הצעה זו עשויה לתרום להסדרה בהקשרים מקוונים מסוימים. אולם במקרים אחרים היא עשויה להגדיל את העיוות בשוק המידע ולהעצים את האפקט המצנן. הסתמכות בלעדית על המלצות גולשים להסרת תכנים מזמינה מלחמות תיוג וסימון תכנים בין קבוצות אוכלוסייה שונות, אשר עשויות לפעול משיקולים אידאולוגיים וזרים. התוצאה – הסרת כל תוכן שאינו מצוי בקונצנזוס ושנוי במחלוקת. תוצאה זו תפגע בשוק רעיונות עשיר ובחופש הביטוי. לכן אין אנו ממליצים להתנות משטר פטור לספק בהטמעת מנגנוני תיוג ודיווח על תוכן בעייתי. ראו לעניין זה VAIDHYANATHAN, לעיל ה״ש 75, בעמ׳ 37–39.

מחוץ למרחב המקוון.[101] בדומה לכך נבקש ליצור הפרדה ברורה נוספת, הפעם בתוך מדיום האינטרנט, להבחין בין הֶקשרים שונים ולהתוות כללי הסדרה פרטיקולריים לאחריות הספק ללשון הרע בעניינם.

ב. שומרים על קשר: בין קשרים חזקים לחלשים – הבחנות סוציולוגיות וסוגי שיח

כדי להתגבר על הקושי ביצירת משטר אחריות ראוי אשר יוחל על ספקי התוכן אנו מציעים כי הדין יבחין בין סוגי ספקים שונים. ההבחנה בין סוגי הספקים לא תהיה על יסוד הטכנולוגיה שבה הם משתמשים אלא על יסוד סוגי הקשרים הנרקמים בקהילות שפלטפורמת הספק יוצרת. הצעה זו טרם נדונה בספרות ואף לא בפסיקת בתי המשפט. בתי המשפט לרוב אינם מדגישים את ההקשר שבו נערך השיח בבואם לדון באחריות הספק. בנוסף גם הדיון הנורמטיבי בדבר השיקולים הכלליים לאחריות אשר צוינו לעיל אינו מבחין בין הֶקשרים שונים של שיח.

לצורך ביצוע הבחנות בין הקשרים שונים נידרש לכמה תחומי דעת. תחילה נאתר כלים מתחום הסוציולוגיה, שיסייעו בהבנת סוגי הקשרים הנוצרים בחברה בכלל ובזירה המקוונת בפרט. מחקרים אלו אף יסייעו בניבוי אימתי ייווצרו קשרים מסוגים שונים ובעצמות שונות, באילו זירות ותוך שימוש באילו טכנולוגיות. על סמך מחקרים אלו וכדי להתאימם לשיח המשפטי נציע טקסונומיה של האתרים הקיימים. לשם כך נסקור את השדה המצוי של סוגי ספקי תכנים מקוונים ונבחן את סוגי הקשרים שעשויים להיווצר במסגרתם. לאור זאת נסווג את השיח האינטרנטי לשלושה סוגי שיח עיקריים ונוכל אף להסביר אילו כלים טכנולוגיים תואמים כל סוג שיח שצוין.

1. לקראת סיווג שיטתי של סוגי שיח – על חוזק קשרים, מאפייניהם וטקסונומיה משפטית

עד עתה ראינו כי מודל יחיד לאחריות הספק אינו מביא לידי הסדרה אופטימלית וראויה. לפיכך מתעורר צורך להבחין בין סוגים שונים של ספקים כדי להתוות ספי אחריות

101 כך למשל הדין הקנה רמת הגנה שונה לביטוי המסחרי לעומת הביטוי הפוליטי. ראו בג״ץ 606/93 **קידום יזמות ומולו״ת (1981) בע״מ נ׳ רשות השידור**, פ״ד מח(2) 1 (1994); בג״ץ 5118/95 **מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע״מ נ׳ הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו**, פ״ד מט(5) 751 (1996). כמו כן דיני לשון הרע הבחינו בין דעה לעובדה. ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 94; ראו גם ת״א (שלום ת״א) 19072-08 **כנען נ׳ וואלה תקשורת בע״מ** (פורסם בנבו, 4.7.2010); Burt Neuborne, *The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets*, 55 BROOK. L. REV. 5, 28–29 (1989).

שונים. נציע כי מדד לסיווג ולהבחנה בין ספקים יושתת על אדני מחקרים סוציולוגיים לניתוח רשתות חברתיות.

תורת הרשתות החברתיות מרכזית לבחינת דפוסי תקשורת אשר נחקרים על ידי סוציולוגים בכלל וסוציולוגים של האינטרנט בפרט. על פיה כדי לנתח יחסים ברשת חברתית יש להתמקד בחיבורים שבין הפרטים המרכיבים אותה ולא במעשיהם.[102] חיבורים אלו משפיעים על יחסי הגומלין, על חילופי המידע והמשאבים שעשויים לזרום בין הפרטים המשתייכים לרשת חברתית נתונה.

חוזק קשרים הנוצר בין פרטים ברשת חברתית יכול לנוע על הציר שבין קשר חלש ורופף לקשר חזק.[103] עוד לפני כמה עשורים החלו חוקרים במיפוי סוגי קשרים שונים, ונבחנו הגורמים ליצירתם, מאפייניהם והשפעותיהם. גרנובטר[104] הניח את אבן הפינה להבחנה בין קשר חזק לחלש. במחקריו התווה ארבעה מדדים לקיומם של קשרים חזקים: א) משך הזמן שבמסגרתו מתנהל הקשר; ב) עצמה רגשית וקרבה במסגרתו; ג) אינטימיות וגילוי ביחסים; ד) הדדיות. ככל שמאפיינים אלו מתקיימים בעצמה רבה יותר, כך גובר הסיכוי ליצירת קשר חזק יותר. לצד קשרים חזקים וחלשים מתקיימים גם קשרים בינוניים, הנבדלים במאפייניהם מקשרים חזקים.[105]

מחקרים מצאו כי סוג הקשר שנוצר בין פרטים משפיע על הרכב מערכת היחסים, על מאפייניה, מטרותיה ועל המידע העובר במסגרתה. קשרים חלשים עשויים להיות נסיבתיים ולהיווצר בין מכרים. הפרטים שקשרים אלו מחברים מתאפיינים בהטרוגניות וקשורים למעגלים חברתיים שונים. המידע שמועבר במסגרתם בדרך כלל אינסטרומנטלי ואינו בעל אופי אישי. לעומת זאת קשרים חזקים נוצרים בין חברים, קרובי משפחה ופרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת. הפרטים שקשרים אלו מחברים מתאפיינים בהומוגניות וחפיפה בחוגים חברתיים. המידע העובר במסגרתם מתאפיין באספקטים אישיים ורגשיים, אשר יש בהם גילוי עצמי והדדיות. בנוסף, במסגרתם קיימת מוטיבציה גבוהה לחלוק מגוון משאבים.[106]

102 להרחבה ראו Caroline Haythornthwaite, *Social Networks and Internet Connectivity Effects*, 8 INFO., COMM. & SOC'Y 125, 127 (2005); אלברט־לסלו ברבאשי **קישורים – המדע החדש של רשתות** (2004).

103 Haythornthwaite, לעיל ה״ש 102, בעמ׳ 126.

104 Mark S. Granovetter, *The Strength of Weak Ties*, 78 THE AM. J. OF SOCIOLOGY 1360 (1973) (להלן: Granovetter 1973). מסקנות מחקר זה נתמכו במחקר עוקב שערך כעשור לאחר מכן: Mark S. Granovetter, *The Strength of Weak Ties: A Network Theory Revisited*, 1 SOC. THEORY 201 (1983) (להלן: Granovetter, 1983).

105 Lior Jacob Strahilevitz, *Social Norm from Close–Knit Groups to Loose–Knit Groups*, 70 U. CHI. L. REV. 359, 359–360 (2003) (להלן: Strahilevitz, *Social Norm*) מבחין בין קשרים חזקים לבינוניים.

106 Haythornthwaite, לעיל ה״ש 102, בעמ׳ 128.

סוגי קשרים שונים מקדמים מטרות שונות. תפקידם של קשרים חלשים לגשר ולהעביר מידע במהירות למטרה אינסטרומנטלית.[107] קשרים אלו יעילים לפיזור רכילות, חדשות ומידע העומד בפני עצמו ויעילים פחות בפיזור מידע מורכב.[108] לעומתם, קשרים חזקים מאפשרים העברת מידע מורכב שאינו עומד בפני עצמו,[109] והמידע העובר דרכם נתפס אמין ומדויק יותר.

2. קשרים ולא טכנולוגיה

רשימה זו עוסקת בהקשר טכנולוגי, אך הטקסונומיה המוצעת איננה מבוססת על משתנה טכנולוגי אלא חברתי. אסטרטגיה מעין זו עלולה לעורר השתאות. לכאורה, לנוכח השפעת הטכנולוגיה על השיח הסדרה מונחית־טכנולוגיה והטלת משטר אחריות תוך הבחנה בין טכנולוגיות שונות עשויות להיות יעילות יותר. אולם מחשבה נוספת חושפת את הקשיים הכרוכים בהסדרה מבוססת־טכנולוגיה.[110] ראשית, קצב התפתחות הטכנולוגיה מהיר, והשפעות התפתחויותיה לרוב אינן ניתנות לצפייה.[111] הסדרה מונחית־טכנולוגיה תוביל בזמן קצר לחוסר ודאות ובלבול. שנית, הסדרה מונחית־טכנולוגיה תשפיע באופן בלתי צפוי על הדרך שבה זו תתפתח.[112] היא אף עשויה להביא לידי עקיפת מטרת ההסדרה באמצעות שימוש בטכנולוגיה אשר איננה כפופה להסדרה (אך מבחינה נורמטיבית היא איננה שונה בהרבה) ובכך לרוקן את הדין מתוכן.[113] לכן ראוי לבחור בטקסונומיה מבוססת־מבנים־חברתיים.

107 Granovetter 1973, לעיל ה״ש 104, בעמ׳ 1366–1383. במסגרתם מידע ורעיונות זורמים במהירות ומתפשטים אל מעבר למעגל החברים הקרוב.

108 Lior Jacob Strahilevitz, *A Social Networks Theory of Privacy*, 72 U. CHI. L. REV. 919, 964 (2005) (להלן: Strahilevitz, *Privacy*).

109 שם. מעבר מידע בקשר חזק, אטי יותר ומוגבל לכמה קליקות.

110 על קשיים אלו עמדה לאחרונה בהרחבה אגמון־גונן, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 229–233.

111 מדע בדיוני של אתמול הוא הממשות של היום. Peter F. Drucker, *The New Society of Organizations*, HARV. BUSINESS REV. 95 (1992); ויקטור ח׳ בוגנים ״חוק המחשבים והתמודדות המשפט עם האתגר הטכנולוגי״ **שערי משפט** ד 283, 307 (2005).

112 מיכאל בירנהק ״משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים״ **שערי משפט** ד 315, 322 (2006). ייתכן כי גם ההסדרה המוצעת, המבוססת קשרים, תשפיע בעקיפין על התפתחות טכנולוגיות, אולם הקשר בין מדד זה לטכנולוגיות מרוחק יותר ביחס לטקסונומיה הקשורה לטכנולוגיה ישירות.

113 ראו בש״א (מחוזי ת״א) 11646/08 **The Football Association Premier League Ltd. נ׳ פלוני** (פורסם בנבו, 2.9.2009). טכנולוגיית הסטרימינג לא הוסדרה, ולאור זאת נקבע בבית המשפט המחוזי כי אפשר לשדר באמצעותה משחק ספורט מבלי להפר זכויות יוצרים. פסק הדין נהפך בערעור בבית המשפט העליון, בעניין **פרמייר ליג – עליון**, לעיל ה״ש 4, שם נקבע כי השידור אינו מוגבל באמצעי הטכני המשמש להעברתו וכולל גם שידורים באמצעות רשת האינטרנט, לרבות בטכניקה של הזרמת אינפורמציה. דוגמה דומה נוספת היא התפתחות הפסיקה בארצות הברית בדבר אתרי שיתוף קבצים. בהקשר זה כל אימת שנקבע כי אתר בטכנולוגיה מסוימת אינו חוקי, קם אתר

הבחירה במדד מבוסס־קשרים־חברתיים לצורך ביצוע הבחנה בין משטרי אחריות לספקי תכנים מקוונים אינה שרירותית. להפך, פנייה לתורת הרשתות החברתיות למציאת כלים אשר יסייעו בסיווגים הנוגעים להסדרת עוולות ביטוי היא טבעית. למעשה, קיימת הצדקה כבדת משקל להעדפת טקסונומיה מבוססת־הקשר על פני כל חלוקה אחרת. עוולות ביטוי אינן מתקיימות בחלל הריק, ויסודותיהן קשורים קשר אמיץ להקשרים חברתיים ולאופן שבו מידע זורם במסגרתם.[114] זרימת המידע משפיעה על היקף הפגיעה בנפגע ובשמו הטוב, על כוחו של הדובר ועל כוחה המסדיר של הפלטפורמה. בעבר הוצע להשתמש בכלי זה לעיצוב תאוריה שתוביל לבהירות משפטית רבה יותר בתחום דיני הפרטיות.[115] אנו סבורים כי כלי אנליטי חשוב זה יכול למלא תפקיד מרכזי גם בהתמודדות עם האתגר שלפנינו. בנוסף, בבסיס עוולת לשון הרע עומד האיזון בין הזכות לשם טוב לזכות לחופש ביטוי. גם איזונים בין חופש הביטוי של הדובר לחופש הביטוי של הנפגע ובין הזכות לחופש הביטוי לזכות לשם טוב קשורים בטבורם לזרימת מידע והשתקפותם במבני רשת חברתית שונים איננה אחידה.

כמו כן, למרות החדשנות שבפנייה לתורת ההקשרים החברתיים להסדרת התחום הנדון, יסודות ההסתמכות על ההקשרים החברתיים נטועים עמוק בדין הקיים. זאת במסגרת עקרונות דיני לשון הרע אשר מעניקים משקל לחומרת הנזק בקביעת גובה הפיצוי. בבואם להעריך את הנזק בוחנים בתי המשפט את אלה: טיב הפרסום, היקפו, אמינותו, מידת פגיעתו והתנהגות הצדדים.[116] פרמטרים אלו קשורים למבנה הרשת החברתית של המזיק והניזוק ולקשרים החברתיים שדרכם זורם מידע. קשרים שונים יוצרים מבנים חברתיים שונים. אלו משפיעים על זרימת המידע העובר במסגרתם, על טיב המידע ועל האופן שבו הוא נתפס. גם התנהגות הדובר וקהל היעד של הביטוי מושפעים מצורת הרשת החברתית ומהדינמיקות החברתיות שבמסגרתה.

נוסף על כך, ההקשר החברתי קשור קשר אמיץ לפוטנציאל להסדרה פרטית של עוולת הביטוי. הקביעה בדבר היקף ההתערבות המשפטית בסוגיה חברתית נתונה צריכה להביא בחשבון את הסיכוי כי הבעיה תבוא על פתרונה באמצעים לבר־משפטיים. כוחות חברתיים עשויים להביא לתוצאה סבירה באמצעות מנגנונים שהם אמצעים להסדרה פרטית. חוזק הקשרים מעצב מבנים חברתיים שונים המשפיעים על התנהגות הפרטים הקשורים ברשת החברתית ועל הפוטנציאל של פרטים אלו להגיש סעד לנפגע. בנוסף,

אשר השתמש בטכנולוגיה אחרת. לסקירת הפסיקה המובילה למסקנה זו ראו Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 271–294; בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 386.

114 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 17.

115 Strahilevitz, *Privacy*, לעיל ה״ש 108, בעמ׳ 922.

116 ראו פסק הדין המנחה לפסיקת פיצויים בדיני לשון הרע: רע״א 4740/00 **אמר נ׳ יוסף**, פ״ד נה(5) 510, פס׳ 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (2001). שנהר, לעיל ה״ש 14, בעמ׳ 367 ו־380, התייחס אף הוא לחומרת פגיעתו המסתברת של הפרסום, להיקף תפוצתו ולדרך שבה עשוי הפרסום להשפיע על האנשים שאליהם הופנה.

כוחות חברתיים עשויים לסייע לנפגע בכך שיקהו מעוקצו של ביטוי עוולתי, יאפשרו לו להעמיד לביטוי משקל נגד ולמנוע פגיעה חמורה יותר בכבודו. נראה כי מחד הקשרים חברתיים מסוימים עשויים להקהות מנזקו של נפגע ולהגביר את פוטנציאל ההסדרה הפרטית, ומאידך הקשרים אחרים עשויים לפגוע בפוטנציאל זה.

3. קשרים במרחב המקוון

רשתות חברתיות קיימות ופורחות בהקשרים רבים והיו קיימות מאז ומעולם. אולם התפתחות רשת האינטרנט עודדה את מחקר הרשתות החברתיות אשר התפתחו באמצעותה. בתחום חדש זה מיהרו סוציולוגים לבחון את התנאים ליצירת קשרים מסוגים שונים במרחב המקוון. תחילה – על אף ספקות שהובעו לעניין זה בעבר[117] – הוכח כי האינטרנט יכול לתמוך בכל סוגי הקשרים.[118] בהמשך בחנו חוקרים מאפיינים חברתיים אשר להם השפעה מכרעת על חוזק הקשרים ברשת. מש ותלמוד[119] מיפו על סמך מחקר אמפירי שלושה מאפיינים חברתיים אשר להם השפעה מכרעת על עצמת הקשרים: ראשית, **לדמיון חברתי** בין המשתתפים חשיבות רבה ביצירת קשרים חזקים.[120] שנית, **משך מערכת היחסים** והאינטנסיביות שלה הם פקטורים בעלי משקל. קשר מתחזק עם הזמן ועם הגברת תדירות האינטראקצייה.[121] מערכות יחסים נמשכות יוצרות היסטוריה משותפת, מחזקות תחושת שייכות, זהות משותפת ומבססות אמון; שלישית, **תוכן היחסים ורבגוניותם** מגבירים את הפוטנציאל לקשר חזק. ככל שהנושא אישי יותר ומגוון יותר, כך עשויים הקשרים להתחזק.

117 בעבר ניטשה מחלוקת בספרות בשאלה זו. יש שסברו כי האינטרנט, כמדיום רזה, אינו מאפשר יצירת קשר חזק. ראו Lee Sproul & Sara Kiesler, *Reducing Social Context Cues: Electronic Mail in Organizational Communication*, 32 MANAGEMENT SCIENCE 1492, 1497 (1986); Richard L. Daft and Robert H. Lengel, *Organizational Information Requirements Media Richness and Structural Design*, 32 MANAGEMENT SCIENCE 554 (1986). אחרים הניחו כי תקשורת במרחב המקוון יכולה להוביל ליצירת קשרים חזקים וליחסים אישיים: Gustavo S. Mesch, *Online Communities*, *in* HANDBOOK OF COMMUNITY MOVEMENTS AND LOCAL ORGANIZATION 227, 236 (Ram A. Cnaan & Carl Milofsky eds., 2007).

118 ראו HOWARD RHEINGOLD, THE VIRTUAL COMMUNITY: HOMESTEADING ON THE ELECTRONIC FRONTIER (2000).

119 Gustavo S. Mesch & Ilan Talmud, *The Quality of Online and Offline Relationships: The Roles of Multiplexity and Duration of Social Relationships*, 22 THE INFORMATION SOCIETY 137 (2006).

120 Miller McPherson, Lynn Smith-Lovin & James M. Cook, *Birds of a Feather: Homophily in Social Networks*, 27 ANN. REV. OF SOCIOLOGY 415, 418 (2001).

121 Caroline Haythornthwaite, *Strong, Weak, and Latent Ties and the Impact of New Media*, 18 THE INFO. SOC'Y 385 (2002).

האינטרנט הוא מדיום עשיר ומורכב. בפלטפורמות ובמסגרת סוגי שיח שונות עשויים להתפתח קשרים בעצמה משתנה. בחינת המשתנים שהתוו מש ותלמוד על רקע מאפייני פלטפורמות שונות תסייע לחזות הלכה למעשה מה יהיו אופיים ועצמתם של קשרים בזירות שיח והקשרים מגוונים במרחב המקוון. למשל, שיח המתקיים תחת מעטה אנונימיות מוחלטת אינו מאפשר זיהוי שחקנים חוזרים, הדדיות וציפייה לאינטראקצייה נוספת, אלא מביא לידי התקשרות עם ״פנים חלקות״ ולהיכרות עם אנשים חדשים באופן מתמיד. בשיח זה הפוטנציאל ליצירת קשרים חזקים אפסי. לעומת זאת שימוש באישיות וירטואלית עקיבה (פסידונימית), מאפשר שיח נמשך, מעקב אחר שחקנים חוזרים, דו־כיווניות ומשוב ועשוי להוביל ליצירת קשרים חזקים, לפיתוח יחסים בין־אישיים ולגיבוש קהילות.[122]

4. מן הכלל אל הפרט: טקסונומיה של פלטפורמות במרחב המקוון

הטכנולוגיה החדשה הובילה להולדת דור חדש של אפליקציות מגוונות ונתיבי הפצה נרחבים ואפשרה יצירת עולם תוכן המופק על ידי משתמשים.[123] קשרים בעצמות שונות בין משתמשים גרמו לפיזור מידע ויצרו סוגי צמתים חדשים להעברתו.[124] אולם פיזור המידע ומאפייניו משתנים על פי הטכנולוגיה שבה נעשה שימוש ועל פי ההקשרים שהיא מעודדת ויוצרת.

הבחנה בין הקשרים שונים חשובה, אך העברת הידע אשר הצטבר בשדה הסוציולוגי לזירה המשפטית איננה משימה פשוטה. לבתי המשפט אין יכולת להבחין בין ספקים שונים על סמך הקשרים הנוצרים בחובם, שכן הדבר איננו בתחום התמחותם. הם אף אינם יכולים להמתין למחקרים סוציולוגיים מקיפים באשר לחוזק קשרים בפלטפורמה הנוגעת לתיק שבפניהם. בשל הצורך הדחוף להכריע בדין כדי ליצור קונקרטיזציה של הפרמטרים הסוציולוגיים שהוצגו לעיל אנו מציעים טקסונומיה תיאורית של האתרים הקיימים אשר תשלב בתוכה הבחנות בין הקשרים חברתיים הלקוחות מן הניתוח הסוציולוגי.

122 אלעד אורג ״זכות לזהות מידע״ **עיוני משפט** לג 423, 460 (2010); Tal Z. Zarsky, *Thinking Outside the Box: Considering Transparency, Anonymity, and Pseudonymity as Overall Solutions to the Problems of Information Privacy in the Internet Society*, 58 U. MIAMI L. REV. 991, 1032 (2004).

123 ראו Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *E-Contract Doctrine 2.0: Standard Form Contracting in the Age of Online User Participation*, 14 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 303, 330 (2008); CLAY SHIRKY ,HERE COMES EVERYBODY: THE POWER OF ORGANIZING WITHOUT ORGANIZATION 81 (2008) (להלן: SHIRKY 2008).

124 Strahilevitz, *Privacy*, לעיל ה״ש 108, בעמ׳ 967, הבחין בין סוגי שיח שבהם הפלטפורמה היא צומת להעברת מידע והקשרים בין המשתתפים לבין עצמם רופפים, לסוגי שיח שבמסגרתם הקשרים בין המשתתפים בינוניים וחזקים.

כדי ליצור טקסונומיה זו סקרנו את השדה הנוכחי של סוגי ספקים וסיווגנו את השיח באינטרנט לשלוש קבוצות עיקריות, לפי סוגי הקשרים העשויים להיווצר במסגרתם: א) שיח ב״סגנון חופשי״ המתנהל באופן ספונטני ופתוח, ללא גורם מרכז ויד מכוונת. שיח זה פונה אל קהל לא מסוים, ובמסגרתו הפלטפורמה היא צומת להעברת מידע. כאן הקשרים בין משתתפיו חלשים; ב) שיח לייצור קבוצתי, המתאפיין בצדדים רחוקים והטרוגניים אשר חולקים מידע ומייצרים טובין ציבוריים. במסגרת זו רוב הקשרים רופפים. אולם הפלטפורמה מקבצת אליה מידע, וצוברת אותו; ג) שיח לדיון מאורגן והבניית קהילות הפונה לקהל נמענים מסוים. שיח זה מתאפיין בתקשורת דו־כיוונית ומעביר מידע מורכב, שבמסגרתו מתאפשרת גם יצירת קשרים בינוניים וחזקים. הסיווג המוצע כאן נבע מהתבוננות בשיח, באינטראקציות שבמסגרתו ובשותפות לסוגי שיח שונים ברשת. סיווג זה מאפשר ליישם את הניתוח הסוציולוגי ולהתאימו למאפייני פלטפורמות שונות במרחב המקוון. על סמך סיווג זה יוכלו בתי המשפט לאמץ מודל מודולרי לאחריות הספק המקוון.

הסיווג מתמקד בסוגי השיח המרכזיים ואינו מתיימר לכלול את כולם (וודאי שלא את אלה שייווצרו בעתיד). אולם אף אם יאותרו הקשרים חדשים של שיח, או יתהוו שינויים בזרימת המידע שישפיעו על הקשרים בקטגוריות שיוצעו כאן, יהיה אפשר להשתמש במתודולוגיה המוצעת כאן על מנת לגבש כללי אחריות מתאימים. במקרים אלו יהיה אפשר להשתמש בכלים האנליטיים המוצגים כאן כדי לערוך התאמות של מיפוי השיח החדש ולבחון אחריות לזרימת המידע במסגרתו. לנוכח זאת אין בשינויים טכנולוגיים וחברתיים כדי לחתור תחת המודל המוצע.

(א) שיח בסגנון ״חופשי״

לי130 את המגעילה היחידה כאן (ל״ת)
צ | 04.11.10 19:39

אנשי צפת מגעיליסססם (ל״ת)
סתם אחת | 04.11.10 19:08

(דוגמה אקראית ושגרתית לתגוביות שהן שיח בסגנון ״חופשי״)[125]

חלק מרכזי מהשיח המתרחש באינטרנט הוא ב״סגנון חופשי״. שיח זה מתאפיין בספונטניות ובמידיות. הוא נעשה ללא עריכה ותיווך ונעדר גורם מרכז, ארגון ויד מכוונת. השיח לרוב אנונימי, אינו מתנה השתתפות ברישום מוקדם ואינו מתאפיין

125 תגוביות 130 ו־134 לכתבה באתר וואלה!, עידן אבני ״כרוז בצפת: ׳ראש העיר רוצה פה ערבים שפלים׳״ **וואלה! חדשות** 4.11.2010 news.walla.co.il/?w=/1/1751867.

בפרסונות רשת קבועות. נגישות השיח רחבה, הוא מתאפיין בשוויוניות[126] ופונה לקהל נמענים בלתי מסוים ובלתי מוגדר.[127] בשיח משתתפים דוברים רבים בזמן אמת. כל משתתף כותב לפי רצונו, והיחיד מתבטא כלפי הכלל.[128] לכמות ולתדירות השלכות על איכות השיח, שכן זה מתאפיין בערבוב עובדות עם דעות.[129]

שיח זה מאפיין בעיקר תגוביות לכתבה ועשוי לאפיין גם לוחות מודעות אינטרנטיים, אתרים המוקדשים לתגובת הקהל ופורומים פתוחים רחבים.[130] היעדר תיווך מחזק את הממדים הספונטניים והאנונימיים ומגביר את ההנאה מן השימוש החופשי בשפה ובסגנון.[131] משתתפי השיח על פי רוב אינם כותבים מקצועיים ואינם רואים עצמם כפופים לכללי משמעת. למשתתפים אין מטרות מוגדרות או מחויבות קבוצתית, ואין הם קהילה וירטואלית.

קשרים בראי שיח בסגנון חופשי

שיח בסגנון חופשי מתאים לתמיכה בקשרים חלשים בלבד. מסקנה זו עולה מעיון בפרמטרים אשר הוצעו על ידי מש ותלמוד לבדיקת קשרים חברתיים ברשת.

(א) דמיון והומוגניות – השיח מתנהל לרוב באנונימיות, ללא חובת רישום. בהיעדר מידע על משתתפיו קשה להסיק מסקנות על המאפיין אותם. מלבד זאת הביטוי נזרק מן הפרט אל חלל האוויר, איננו מופנה אל אדם ספציפי ואיננו מתאפיין בדיון מעמיק. הקבוצה המשתתפת גדולה ובלתי מסוימת, ואפשר להניח שהיא הטרוגנית.[132] מכל מקום, בשל אנונימיות השיח קשה לעמוד על מאפיינים משותפים של משתתפיו.

126 היעדר פרסונות רשת קבועות מונע יצירת מעמדות. כולם שווים וכל נפגע יכול להשיב מידית לפוגע.

127 רועי גולדשמיט **מקומם של ה״טוקבקים״ בשיח הציבורי בישראל** (הכנסת, מחלקת מידע ומחקר, 2006) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01546.pdf; בירנהק ״אתיקה״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 176; יובל קרניאל ״אנונימיות ולשון הרע באינטרנט – בין חופש ביטוי להפקרות״ **עיתונות דוט.קום – העיתונות המקוונת בישראל** 85, 89 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007) (להלן: קרניאל ״בין חופש ביטוי להפקרות״).

128 גולדשמיט, לעיל ה״ש 127, ס׳ 2.1.

129 שם, ס׳ 3.1; SHIRKY 2008, לעיל ה״ש 123, בעמ׳ 90, התייחס לכמות המשפיעה על אינטראקטיביות ואיכות.

130 בירנהק ״אתיקה״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 174 מתייחס לפורומים פתוחים באתר, המתאפיינים בהיעדר בקרה.

131 יעקב הכט ״המאבק על ההגמוניה בשוק התוכן המקוון – המקרה של הטוקבק״ **מגאזין ברשת** www.isoc.org.il/magazine/magazine4_3.html.

132 נציין כי במקרים חריגים כאשר נושא הדיון נקודתי מאוד ייתכן כי הקבוצה תהיה הומוגנית. אולם גם במצב דברים זה אפשר שלא ייווצרו ויקוימו קשרים חזקים בשל היעדר פרמטרים אחרים (משך זמן, אופיו של הנושא ורבגוניותו).

(ב) זמן והזדמנויות לאינטראקצייה – השיח מתאפיין במידיות, ועל פי רוב איננו נמשך לאורך זמן.[133] בנוסף, הקבוצה המשתתפת גדולה, בלתי מסוימת ולרוב מורכבת ממשתתפים מזדמנים. בשל מאפיינים אלו קשה לצפות לאינטראקצייה הדדית[134] שכוללת ציפייה לדיון מתמשך. כמו כן לרוב קשה להעריך את מוניטין הדוברים בשיח זה.[135]

(ג) תוכן ורבגוניות – נושאי השיח הם על פי רוב כלליים, תגובה לכתבה או ביטוי שנזרק אל חלל האוויר. השיח אד־הוקי ולרוב מתמקד בנושא נרחב שיש לקבוצות גדולות עניין בו. לכן אין מתאפשר דיון בנושאים רבים ורבגוניים, התוכן אינו אישי ונעדר מטען גרעיני של עצמה רגשית שעשוי להביא לאינטימיות.

מאפייני השיח משליכים על אמינות הביטוי במסגרתו, וביטוי זה נתפס כמוחלש.[136] סקרים מעידים כי רוב הגולשים אינם מתעניינים בנאמר בהם, ולמעלה ממחציתם סבורים שהאמור במסגרתם חסר ערך לחלוטין.[137] אולם למרות זאת לביטוי במסגרתו תועלת רבה בקידום הזכות לחופש הביטוי. היעדר קשרים הדוקים עם דוברים אחרים מדגיש את רציונל האוטונומיה של הפרט הדובר ומביא להגשמה עצמית. בנוסף, כתוצר לוואי, השיח מקדם רציונלים נוספים שבבסיס זכות זו.[138] כאמור, מבנה הפעילות בשיח זה

133 כך למשל תגוביות נכתבות לרוב סמוך לפרסום הכתבה והשיח איננו נמשך לאחר מכן. גם בפורומים רחבים ופתוחים השיח מתנהל ״אד הוק״, ולכן אינטראקצייה נמשכת צפויה פחות.

134 ראו SHIRKY 2008, לעיל ה״ש 123, בעמ׳ 90 המציין כי גודל הקבוצה משפיע על דו־כיווניות ערוץ השיח.

135 לכך השלכות גם על יצירת קשרים בינוניים. ראו Strahilevitz, *Social Norm*, לעיל ה״ש 105, בעמ׳ 360.

136 ז׳רסקי ״שקיפות בסינון תכנים״, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 164; קרניאל ״בין חופש ביטוי להפקרות״, לעיל ה״ש 127, בעמ׳ 97; בר״ע (מחוזי נצ׳) 213/09 **מושקוביץ נ׳ וואלה! תקשורת בע״מ** (פורסם בנבו, 19.1.2010). בס׳ 12 לפסק הדין נקבע: ״התגוביות, על התוכן ועל השפה העילגת המאפיינת אותן, מלמדות על **פגיעה אפשרית פחותה מאוד במבקש**, ולהבנתי – **הקורא הסביר איננו עשוי לראותן ברצינות רבה**״ (ההדגשות הוספו – ט״ד ומ״ל).

137 ראו למשל סקר מכון גיאוקרטוגרפיה: אדר שלו ״סקר חדש: רוב הגולשים לא קוראים טוקבקים״ **Ynet ידיעות אחרונות** 7.11.2007 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3468737,00.html; וסקר שנערך בשביל עיתון גלובס: מעיין כהן ״כיכר העיר החדשה שוממת משחשבתם: כ־60% מהגולשים לא מתעניינים בטוקבקים״ **גלובס** 23.1.2007 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000175586.

138 נוסף על קידום הרציונל האוטונומי של הזכות לחופש ביטוי השיח אף מאפשר לקדם את רציונל שוק הרעיונות והרציונל הדמוקרטי של הזכות. בנוסף, השיח מאפשר להציף שמועות ומקדם את חקר האמת, מאפשר זרימת מידע על השלטון ומקדם את המטרה הדמוקרטית. בנוסף השיח נגיש לכל גולש ומקדם שוויוניות ומטרה דמוקרטית השתתפותית ובכך מקיים ערך בקידום זכות חשובה זו.

nevo.co.il

וזרימת המידע במסגרתו נידונו לא מעט בספרות[139] ובפסיקה,[140] אולם הדיון בקשרים הנרקמים בחובו אינו סדור.

(ב) שיח ליצור קבוצתי של ידע ומידע

במסגרת שיח זה אלפי מתנדבים, לרוב צדדים רחוקים, משתפים פעולה במיזם (פרויקט) שהוא מודל חדש לייצור טובין ציבוריים. המודל אינו מבוסס על שוק או על היירכייה ניהולית, ואם קיימת שליטה חברתית במסגרתו, זו תלויה לרוב במידת התרומה למיזם ולא בסטטוס חברתי חיצוני.[141] הטובין מיוצרים ונשלטים באופן מבוזר על ידי המשתתפים. כל אינדיווידואל מתנהג לפי רצונו החופשי ומתכנן את התנהגותו, שלא בשיתוף עם אחרים.[142]

במסגרת השיח אינדיווידואלים שונים תורמים למיזם ייצור ידע ומידע. המשתתפים החולקים מידע הטרוגניים,[143] בעלי ניסיון שונה ומוטיבציות שונות.[144] גדולתו של שיח לייצור קבוצתי במרחב המקוון מתבטאת בין השאר **בצבירת מידע** ממקורות שונים על ידי הפלטפורמה **וביכולתו לשקלל** וליצור אינטגרציה של פרטי מידע לכדי יצירה מורכבת. הממשק הטכנולוגי – בשילוב עם מאמצי הקבוצה, המורכבת ממתנדבים הטרוגניים – יוצר מנגנונים לבחינת רלוונטיות מידע והגנה מפני הטיות בשיקול הדעת.[145] מאפיינים אלו משפיעים על המשקל המיוחס לביטוי בשיח.

139 ראו גולדשמיט, לעיל ה״ש 127; הכט, לעיל ה״ש 131.

140 לדוגמה עניין **סודרי**, לעיל ה״ש 52; עניין **וינטרוב**, לעיל ה״ש 49; עניין **דיסקין**, לעיל ה״ש 47; עניין **מושקוביץ**, לעיל ה״ש 136.

141 TAPSCOTT & WILLIAMS, לעיל ה״ש 31, בעמ׳ 296, מתייחס להקשר דומה של קוד פתוח.

142 ראו YOCHAI BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM 59–62 (2006) (להלן: BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS).

143 לדיון בנושא יתרונות קבוצה מגוונת ראו בהרחבה SCOTT E. PAGE, THE DIFFERENCE: HOW THE POWER OF DIVERSITY CREATES BETTER GROUPS, FIRMS, SCHOOLS AND SOCIETIES (2007); JEFF HOWE, CROWDSOURCING: WHY THE POWER OF THE CROWD IS DRIVING THE FUTURE BUSINESS 131 (2009).

144 Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. 369, 426 (2002) (להלן: Benkler, *Coase's Penguin*) מתייחס למוטיבציות הנובעות מתגמול כספי, לעניין מהפעולה ולתמריצים חברתיים פסיכולוגיים. ראו גם Tal Zarsky, *Law and Online Social Networks: Mapping the Challenges and Promises of User-Generated Information Flows*, 18 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 741, 753–754 (2008) (להלן: Zarsky, *Law and Online Social Networks*).

145 Benkler, *Coase's Penguin*, לעיל ה״ש 144, בעמ׳ 390–396. תקשורת ומשוב מאפשרים לאסוף מידע בשיח זה. פעמים רבות גם מנגנונים אלו מיוצרים בייצור קבוצתי. דוגמה לכך היא מנגנון המשוב באתר איביי (www.ebay.co.il), שהוא מערכת מוניטין ומאפשר לאינדיווידואלים זרים ליצור

כיום אפשר למצוא ברשת מיזמים רבים לייצור קבוצתי. דוגמה בולטת היא ויקיפדיה:[146] אנציקלופדיה שבמסגרתה צדדים רחוקים יוצרים, כותבים ומעדכנים ערכים. בתהליך הכתיבה מתוקנות שגיאות, והתוצאה – יצירת ערכים מדויקים ואמינים (יחסית ולפחות במקרים רבים).[147] במסגרת אתרים רבים ייצור קבוצתי משמש ליצירה מאורגנת של תגובות כדי לשתף בידע, במידע וברשמים. אתר ״סלאשדוט״[148] הוא מערכת מבוזרת לייצור משותף של השקפות ודעות בנושא טכנולוגיית מידע ותקשורת. הגולשים מייצרים תגובות, ובאמצעות כלים ממשקיים וטכנולוגיים מתאפשר קיומו של מנגנון ביקורת. מנגנון זה מבוסס אף הוא על ייצור קבוצתי[149] ומסייע להימנע משיפוט לקוי ומהטיות בשיקול הדעת.

שיח לייצור קבוצתי הוא אף המנוע שמאחורי פלטפורמות לדירוג וכתיבת חוות דעת שבמסגרתן גולשים מביעים את התרשמותם מנותני שירותים שונים. למשל האתרים ״דרגו״[150] ו״rest״,[151] מאפשרים ייצור קבוצתי של חוות דעת וקיבוצן במסגרת אחת, תוך שימוש בממשק טכנולוגי בסיסי.[152] לצדם קיימים אתרים המתאפיינים בממשק

ביניהם אמון. כך נוצר שיתוף פעולה בשווקים ברשת. ראו Chrysanthos Dellarocas, *The Digitization of Word of Mouth: Promise and Challenges of Online Feedback Mechanisms*, 49 MANAGEMENT & SCIENCE 1407, 1418 (2003); HOWARD RHEINGOLD, SMART MOBS: THE NEXT SOCIAL REVOLUTION ch. 5, 113–126 (2002) (להלן: RHEINGOLD, SMART MOBS).

146 www.wikipedia.org.il.

147 BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS, לעיל ה״ש 142, בפרק 3 עמ׳ 70. נציין כי מחקרים גילו כי ויקיפדיה מדויקת לא פחות מהאנציקלופדיה בריטניקה. ראו רונן סרברניק ״האינציקלופדיה המקוונת ויקיפדיה מדויקת לא פחות מבריטניקה״ **וואלה! חדשות** 15.12.2005 news.walla.co.il/?w=/124/825856; JONATHAN L. ZITTRAIN: THE FUTURE OF THE INTERNET AND HOW TO STOP IT 137 (2008) (להלן: ZITTRAIN: THE FUTURE OF THE INTERNET); TAPSCOTT & WILLIAMS, לעיל ה״ש 31, בעמ׳ 13.

148 CASS R. SUNSTEIN, INFOTOPIA: HOW MANY MINDS PRODUCE KNOWLEDGE 191–192 (2006) (להלן: SUNSTEIN, INFOTOPIA); וראו בהרחבה slashdot.org.

149 BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS, לעיל ה״ש 142, בפרק 3 בעמ׳ 76; Benkler, *Coase's Penguin*, לעיל ה״ש 144, בעמ׳ 394–396. באתר סלאשדוט אף מופעל מסנן המאפשר למשתמשים לצפות רק בתגובות איכותיות. באופן זה יוצרים המשתתפים מנגנון לזיהוי רלוונטיות, הכרה ואישור.

150 www.Dargoo.co.il. האתר מיועד לכתיבת חוות דעת ודירוג מרצים במוסדות להשכלה גבוהה. האתר כולל מנגנון המשקלל את הדירוגים השונים אך איננו דורש רישום לשם כתיבת חוות הדעת (להבדיל מההשתתפות בפורום האתר).

151 www.rest.co.il. אתר המיועד לכתיבת חוות דעת גולשים על מסעדות ובתי קפה, שדרכו אפשר גם להזמין מקום בחלק ממקומות בילוי אלו ולקבל מידע עליהם.

152 אתרים אלו מקבצים במסגרתם חוות דעת. רמת הממשק והטכנולוגיה שבמסגרתם בסיסיים, אין מופעלים במסגרתם מנגנוני אמינות, ובאתר www.rest.co.il אין אפילו שקלול של דירוגים. בנוסף

מורכב יותר. דוגמאות לכך הם האתרים הישראליים הפופולריים ״רמקול״ לדירוג נותני שירותים,[153] ו״מיט פור מיט״[154] לדירוג ספקי שירותים לחתונות ואולמות שמחות. אתרים אלו מתאפיינים בשקיפות, ומשתתפיהם יכולים לראות בנקל מהן הפעולות האחרונות שנעשו באתר.[155] בנוסף הם כוללים מנגנונים וכלים לביקורת, שאף הם מבוססי־ייצור־קבוצתי, שבאמצעותם אפשר לצרף משתמשים לרשימת המהימנים, להצביע לחוות דעת, להעריך את אמינות המסר ולהשפיע על אמינות המשתמש.

בין האתרים השונים שסקרנו קיימים הבדלים מסוימים באינטראקצייה החברתית והטכנולוגית. כך למשל בויקיפדיה התכנים בנויים זה על גבי זה, ואילו ב״סלאשדוט״ ו״רמקול״ טובין ציבוריים מיוצרים ברובד אחד. גם מנגנוני הביקורת הקבוצתית על השיח מעוצבים לפי אופי הפלטפורמה. אולם לפלטפורמות המתאפיינות בשיח מסוג זה מטרה דומה – יצירה משותפת של תכנים, לטובת הכלל, והפלטפורמה צוברת אותם ומשקללת אותם באמצעות מנגנונים טכנולוגיים.

קשרים בראי שיח לייצור קבוצתי

שיח לייצור קבוצתי יעיל בתמיכה בקשרים חלשים ואיננו צפוי לתמוך בקשרים חזקים. אולם ליבת שיח זה עשויה לתמוך בקשר בעצמה בינונית. נתייחס למאפייני השיח בראי הגורמים העיקריים המשפיעים על היווצרות קשרים חזקים אשר הוזכרו לעיל.

(א) דמיון והומוגניות – קבוצת המשתתפים בשיח גדולה ומורכבת ממשתתפים בעלי מאפיינים שונים, מטרות ומוטיבציות שונות. לפיכך הקבוצה אינה הומוגנית וקשה להסיק דמיון בין המשתתפים.

(ב) זמן והזדמנות לאינטראקצייה – קיימות פלטפורמות רבות לייצור קבוצתי שאינן תומכות ביצירת פרסונות רשת ושבמסגרתן אי אפשר לעקוב אחר המשכיות השיח. בפלטפורמות אחרות קיימת אפשרות רישום, אולם רוב המשתתפים אינם שחקנים

אין דרישות רישום כתנאי לכתיבת חוות דעת ואין מנגנונים לייצור קבוצתי של מוניטין, הכרה ואמינות במסגרתם.

153 www.ramkol.co.il. נציין כי כבר לאחר חצי שנת פעילות נבחר אתר ״רמקול״ על ידי Ynet כאחד האתרים המעניינים והיעילים ביותר בקטגוריה של ״אתרים שיתופיים״. ראו אילן יצחייק ״עלו ברשת – הנבחרים של 2007״ **Ynet ידיעות אחרונות** 23.12.2007, www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3485467,00.html.

154 www.mit4mit.co.il. שני האתרים ״רמקול״ ו״מיט פור מיט״ (קיצור ל״מתחתנים למען מתחתנים״) מנוהלים על ידי אותם בעלים ומתאפיינים בממשקים דומים.

155 באתר ״רמקול״ פעולות אלו מוצגות על ה״קיר״ בחלקו השמאלי של המסך. על חשיבות שיקוף ליצירת מודעות בקבוצה, תיקון טעויות ואיזון ראו BETH SIMONE NOVECK, WIKI GOVERNMENT: HOW TECHNOLOGY CAN MAKE GOVERNMENT BETTER, DEMOCRACY STRONGER, AND CITIZENS MORE POWERFUL 80–82 (2009).

חוזרים.[156] השיח מופנה לקבוצה ולא לאדם ספציפי, ועל פי רוב איננו מתאפיין בהדדיות. לכן השיח נקודתי ולרוב חסר את המאפיינים לשיח נמשך. עם זאת נציין כי אפשר שתהיה ליבת משתתפים שתרומתם נמשכת, ואפשר שתיווצרנה הזדמנויות לאינטראקצייה נמשכת ביניהם. ליבת משתתפים זו היא בבחינת ״עולם קטן״ של שחקנים חוזרים בתוך שיח שאינו מתאפיין באינטראקצייה לטווח ארוך.[157] קיומה של קבוצה זו עשוי להשפיע על האינטראקצייה הכוללת בתוך הקשר זה, כפי שנסביר בהמשך.

(ג) תוכן ורבגוניות – תוכן השיח ממוקד במיזם רחב ולא בנושא אישי, הקבוצה גדולה, ורוב משתתפיה אינם חוזרים. לכן ההסתברות לפיתוח ממד אישי ורבגוני נמוכה.

נסכם כי שיח מסוג זה יעיל בתמיכה בקשרים חלשים אולם חסר את המאפיינים לתמיכה בקשרים חזקים. בפלטפורמות התומכות בפרסונות רשת קבועות ובאפשרות ממשקית לקיים שיח דו־כיווני עשויים להיות קשרים בינוניים בין קומץ השחקנים החוזרים המתאפיינים באינטראקצייה נמשכת. אולם בשל היעדר נטייה לדמיון בין המשתתפים ובשל מיקוד נושא השיח במיזם, אין צפויים קשרים חזקים ביניהם. מאפייני השיח מקיימים ערך בקידום חופש הביטוי. היעדר קשרים חזקים בין המשתתפים והאפשרות לצבור מכלול הטרוגני של דעות ורעיונות בזירה אחת יוצרים ״שוק רעיונות״ הלכה למעשה, מקדמים את חקר האמת וערכים נוספים בבסיס הזכות.[158]

(ג) שיח לדיון מאורגן והבניית קהילות

ריינגולד, מחלוצי המחקר בתחום זה בהקשר המקוון, הגדיר קהילה וירטואלית כצבר חברתי המגיח מהרשת כאשר ישנה מאסה מספקת של אנשים המובילים דיונים ציבוריים לזמן רב, תוך עירוב רגשות.[159] שיח לדיון והבניית קהילות מתאים להגדרה זו. קטגוריה זו אינה מונוליתית ומאגדת תחתיה כמה סוגי ערוצים מקוונים.[160] ככלל, השיח מתאפיין

156 ראו SHIRKY 2008, לעיל ה״ש 123, בעמ׳ 122. רובם המכריע של המשתתפים הם חד־פעמיים, ותרומת כל אחד מהם מועטה. אולם קומץ ליבת משתמשי האתר הם שחקנים חוזרים.

157 שם, בעמ׳ 212–224.

158 נוסף על קידום שוק רעיונות, השיח לייצור קבוצתי משקף את הרציונל האוטונומי. כל ביטוי המופיע בו משקף את האוטונומיה של הפרט שיצר אותו. גם הרציונל הדמוקרטי בא לידי ביטוי כתוצר לוואי בשיח זה. אינדיווידואל מקבל מידע רב ונחשף לדעות שונות. המידע עשוי לסייע לו לקבל החלטות מושכלות בעניינים הקשורים לממשל, להביע חוסר שביעות רצון מהשלטון ובכך להפעיל את כוחו כריבון. השיח מבטא גם ממד השתתפותי מאחר שכל תורם למיזם הייצור מעצב את השיח ומפתח תרבות דמוקרטית.

159 HOWARD RHEINGOLD, THE VIRTUAL COMMUNITY (2000) *available at* www.rheingold.com/vc/book.

160 פורומים, בלוגים ורשתות חברתיות. אפשר לחלק קבוצות אלו לתתי־קבוצות, שהרי אין דומה שיח בפורום פוליטיקה לשיח בפורום תרבות. בנוסף, קבוצות מתאגדות סביב מטרות שונות: קבוצות דיון, קבוצות תמיכה וקבוצות מומחה.

בקהל נמענים מסוים (השחקנים החוזרים בשיח), בתקשורת דו־כיוונית (בין המשתתפים לבין עצמם) ובאינטראקצייה נמשכת המתאפיינת במשוב ובאישור התנהגותי בין חברי הקהילה לבין עצמם. לרוב קיים גורם המרכז את השיח, ותיתכן במסגרתו היירכייה. השיח מתנהל על אודות נושא מסוים, או אנשים מסוימים, מתאפיין בפרסונות רשת קבועות ובשחקנים חוזרים. השיח מקדם יחסים חברתיים, ומתפתחות במסגרתו נורמות של הדדיות ואמון. האינטרנט מספק הזדמנויות רבות ליצירת קהילות מעין אלו. נציין כאן שלוש קטגוריות מרכזיות.

1. **פורומים מובנים** – אלו אתרי אינטרנט המשמשים לקיום דיונים בנושאים מוגדרים. גולש רשאי לכתוב הודעה בפורום, כהודעה שפותחת דיון חדש או כתגובה להודעה קיימת. בפורומים מתקיימים דיונים בנושאים מגוונים בהשתתפות עשרות משתתפים ואף מאות. לרוב מנהלי פורום מסייעים להסדרת דיון מסודר.[161] לכל פורום מאפיינים מיוחדים, אך יש גם מן המשותף – יצירת דיון, רשת קשרים שעשויה להתחזק מעבר לקשרים רופפים ופוטנציאל לפתח מאפייני קהילה.[162] ברוב הפורומים המשתמש נדרש לרישום בשם קבוע, המשמש אותו בדיונים. הרישום יוצר זהות עקיבה ומאפשר דיונים ממושכים על ידי שחקנים חוזרים. המשתתפים מתעניינים באותו נושא, הקבוצה שנוצרת הומוגנית יחסית,[163] והסיכוי להיווצרות יחסי קרבה בין משתתפיה גדול יותר.[164]

2. **בלוגים** – בלוג הוא יומן רשת שבמסגרתו נכתבות רשומות (פוסטים) העוסקות בחוויות, בחדשות ובמאמרים שתוכנם גלוי לגולשי האינטרנט לקריאה ולרוב אף לתגובה. לבלוגים פופולריות רבה ומספרם עצום. הם מתקיימים במגוון נושאים ותתי־נושאים[165] ומכוונים למגוון קהלים ומטרות.[166] במבט ראשון נראה כי הבלוג שם

161 ברזילי־נהון וברזילי, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 492.

162 ראו לעניין זה הגדרת ויקיפדיה למינוח פורום (אינטרנט): he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%95%D7%A8%D7%95%D7%9D_(%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%98%D7%A8%D7%A0%D7%98).

163 השאיפה היא לשמור על יציבות, הומוגניות ועל גבולות השיח. ברזילי־נהון וברזילי, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 492.

164 דוגמה להתפתחות קהילה היא פורום הורים פלוס באתר Ynet, www.ynet.co.il/home/0,7340,L-1334-5283,00.html. ראו בת־חן אפשטיין ״הכי נוראית המחשבה שבני לא יזכור אותי״ **ידיעות אחרונות – 24 שעות** 7.10.2009, 2 (חברים בפורום הורים באתר Ynet סייעו לאם שהתמודדה עם מחלת הסרטן); RHEINGOLD, לעיל ה״ש 159, ייחד ספרו לתיאור חוויותיו בקהילת ה־WELL. חוויותיו מעידות כי קבוצות דיון עשויות לכלול קשרים הדוקים, ואלו אף עשויים לחצות את הגבולות הווירטואליים.

165 למעלה מ־77% ממשתמשי האינטרנט קוראים בלוגים, ויותר מ־133 מיליון בלוגים מופיעים במנוע החיפוש לתוכני בלוגים. אוקיינוס האינטרנט מכיל בלוגים מכל סוג ובכל נושא שאפשר להעלות על

את כותבו במרכז: היחיד כותב על פי רצונו, חופשי מהצורך להיראות ניטרלי, ואין סביבו מאפייני קהילה. אולם מבט מקרוב מגלה כי נטווית מסביבו רשת סבוכה של בלוגים שאליהם הוא מקושר ושל קוראים קבועים ומזדמנים המגיבים לתכניו. כך מתארגנות שרשראות בלוגים סביב נושא ונוצרות קהילות של עניין.[167] השיח מתאפיין בפרסונות רשת קבועות[168] ובקהל נמענים מסוים.

לצד הבלוגים המסורתיים התפתחו אתרי מיקרובלוגינג. הדוגמה הבולטת ביותר לשירות זה היא טוויטר. בדומה לבלוגים המסורתיים, טוויטר מאפשרת למשתמשים להפיץ טקסט באינטרנט ולעדכן משתמשים שבחרו לעקוב אחר רשומותיהם. אך בשונה מהם, כל הודעה מוגבלת ל־140 תווים, ולכן אפשר להפיץ כל פעם כמות מוגבלת של תוכן, הנקרא ״ציוץ״. הבסיס של טוויטר הוא טקסט טהור, ללא הצגת תמונות (והוא מוכוון בחלקו לשימוש במכשירים סלולריים). טוויטר נושא גם במאפייני רשת חברתית ומאפשר למשתמשים לצרף הודעות (ציוצים), לחזור עליהן, לחלוק קישורים ולטפח רעיונות חברתיים. מידיות השיח ונגישותו הביאו לצמיחת שירות זה.[169]

3. **רשתות חברתיות** – רשתות חברתיות הן שירות מבוסס־רשת המאפשר למשתמשיו להרכיב פרופיל ציבורי, או מעין ציבורי, במערכת מוגדרת, להציג רשימה של משתמשים ולתקשר עם אחרים, להפוך את הרשת החברתית שלהם לנראית ולצפות ולהצליב את רשימת הקשרים שלהם עם רשימת קשרים של אחרים במערכת.[170] לבחירת עיצוב זו השלכות בעלות משקל על האינטראקציות החברתיות המתרחשות באתרים אלו.[171] חבר

הדעת. ראו UNIVERSAL MCCANN, POWER TO THE PEOPLE SOCIAL MEDIA TRACKER 3, 18. (2008) available at http://www.scribd.com/doc/3836535/universal-mccann-on-social-media

166 למשל מטרות חברתיות, שימור קשרים חברתיים ותחזוקת הרשת החברתית. ראו Michael A. Stefanone & Chyng-Yang Jang, *Writing for Friends and Family: The Interpersonal Nature of Blogs*, 13 J. OF COMPUTER MEDIATED COMM. 123 (2008). בנוסף קיימים בלוגים פוליטיים הקוראים תיגר על התקשורת המסורתית. ראו Thomas J. Johnson, Barbara K. Kaye, Shannon L. Bichard, W. Joann Wong, *Every Blog Has Its Day: Politically-interested Internet Users' Perceptions of Blog Credibility*, 13 J. OF COMPUTER MEDIATED COMM. 100 (2007).

167 בלוגים מפנים לבלוגים דומים להם. ראו CASS R. SUNSTEIN, REPUBLIC.COM 2.0 146–150 (2007). ראו גם RHEINGOLD, SMART MOBS, לעיל ה״ש 145, בעמ׳ 120.

168 הבלוגר הוא פרסונה קבועה, לרוב נדרש רישום כתנאי להשתתפות, וגם קהל המגיבים מורכב מפרסונות קבועות.

169 ראו Dario De Notaris, *Social Networks sites and Life Sharing* (14.10.2010) (unpublished manuscript), *available at* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1692100&.

170 Danah M. Boyd & Nicole B. Ellison, *Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship*, 13 J. OF COMPUTER MEDIATED COMMUNICATION 210, 210–211 (2008). הגדרה זו מיטיבה להגדיר את מאפייניה של רשת חברתית וזכתה לשימוש נרחב. ראו למשל James Grimmelmann, *Saving Facebook*, 94 IOWA L. REV. 1137, 1142 (2009).

171 שם, בעמ׳ 1143.

ברשת יכול ליצור קשרים במגוון דרגות חוזק. בניגוד לפורומים ולבלוגים הבנויים על רשימה ״נושאית״, רשתות חברתיות נבנות על משתתפיהן.[172] השקעה ברשת חברתית מאפשרת לעורר קשרים רדומים, לחזקם ולהביא לאמון והשתתפות.[173] רשתות חברתיות אף מאפשרות לקדם מעורבות אזרחית והתארגנות קולקטיבית.[174]

הרשת החברתית מורכבת מפרסונות רשת קבועות ומשחקנים חוזרים. הקבוצות הן יחסית הומוגניות, התקשורת דו־כיוונית ומופנית אל קהל נמענים קבוע. קשרים רבים במסגרתה הם תוצר של היכרות מוקדמת, אולם מתקיימים גם קשרים על יסוד אינטרס משותף או פעילות משותפת. השימוש ברשתות חברתיות פופולרי מאוד, ונכון לשעת כתיבת שורות אלו, הדוגמה הבולטת ביותר לרשת חברתית היא אתר פייסבוק.[175]

כיום רשתות חברתיות הן מדיום תקשורת פופולרי ורלוונטי מתמיד.[176] אפליקציות חדשות שפותחו לטלפונים ניידים ומחשבי לוח אפשרו התחברות לרשתות החברתיות ותקשורת זמינה, רציפה ונרחבת באמצעותן בזמן אמת, ללא תלות בדפדפן רשת ומכשור מסורבל. בכך יש כדי להגביר את המשיכה לשיח המתנהל בהן.[177]

172 Boyd & Ellison, לעיל ה״ש 170, ציינו כי אתרי רשתות חברתיות הם אתרים ״אגוצנטריים״ שבהם האינדיווידואלים במרכז.

173 Sebastián Valenzuela, Namsu Park & Kerk F. Kee, *Is There Social Capital in a Social Network Site?: Facebook Use and College Students' Life Satisfaction, Trust, and Participation*, 14 J. OF COMPUTER MEDIATED COMMUNICATION 875 (2009).

174 להרחבה בהקשר זה ראו SHIRKY 2008, לעיל ה״ש 123, בעמ׳ 143–164; CLAY SHIRKY, COGNITIVE SURPLUS: CREATIVITY AND GENEROSITY IN A CONNECTED AGE 175 (2010) (להלן: SHIRKY 2010). כיום רשתות חברתיות מאפשרות קידום יעיל של יזמות לעידוד מעורבות פוליטית ציבורית ולקידום ערכים דמוקרטיים. ראו יזמת ״צוערי הדמוקרטיה״, המתארגנת בפייסבוק: ״יודעים איך הופכים צעיר אפאתי לפוליטיקאי אכפתי? מקומכם איתנו״ **nrg – מעריב** 17.3.2010 www.nrg.co.il/online/1/ART2/068/315.html. לאחרונה אנו עדים גם למחאות חברתיות ברשתות חברתיות המובילות להתארגנות קולקטיבית החוצה את גבולות המרחב המקוון. כזו היא למשל ״מחאת האוהלים״, שראשיתה בקבוצה שהוקמה ברשת החברתית פייסבוק.

175 www.facebook.com. להרחבה על אודותיה ראו Grimmelmann, לעיל ה״ש 170, בעמ׳ 1144.

176 WHAT AMERICANS DO ONLINE: SOCIAL MEDIA AND GAMES DOMINATE ACTIVITY, http://blog.nielsen.com/nielsenwire/online_mobile/what-americans-do-online-social-media-and-games-dominate-activity/ (last visited 10.1.2013). השתתפות ברשת חברתית היא הפעילות הפופולרית ביותר ברשת האינטרנט.

177 כך למשל לאחרונה פותחה אפליקציה המאפשרת התחברות מידית לפייסבוק דרך מכשירי Ipad, ראו ״פייסבוק שחררה יישום למחשבי iPad״ **אנשים ומחשבים** 11.11.2011 www.pc.co.il/?p=70966; מכשירים ניידים מאפשרים להיות מחוברים לאינטרנט חיבור רציף ומאפשרים זמינות מרבית (Always Anytime), ראו De Notaris, לעיל ה״ש 169.

קשרים בראי שיח לדיון מאורגן והבניית קהילות

שיח לדיון מאורגן והבניית קהילות מספק בסיס ליצירת קשרים חזקים ובינוניים ולתמיכה בהם, וההסתברות להיווצרותם בו גבוהה מאשר במסגרת ערוצים אחרים. נעמוד על מאפייני השיח בראי הגורמים המשפיעים על יצירת קשרים חזקים:

(א) דמיון והומוגניות – המשתתפים בשיח לדיון מאורגן מאוגדים סביב נושא או קבוצה חברתית. הם מחוברים וקשורים יחדיו תוך עניין בנושא או מכנה משותף. במסגרת בלוגים ופורומים נושא השיח מחבר בין משתתפיו, וברשתות חברתיות המערכת מעודדת יצירת קשרים על יסוד דמיון והתאספות של דומים עם דומים להם. לכן קיים דמיון בין המשתתפים ונוצרות קבוצות הומוגניות.

(ב) זמן והזדמנויות לאינטראקצייה – השיח מתאפיין לרוב בפרסונות רשת קבועות ובשחקנים חוזרים. ברוב הפורומים קיימת חובת רישום. בבלוגים כותב הבלוג הוא פרסונת רשת קבועה ולרוב נבנית סביבו קהילת מגיבים. ברשתות חברתיות יוצרים פרופיל אישי, שלרוב מייצג את האישיות האמתית בעולם הפיזי.[178] השיח מתאפיין בקבוצה מוגדרת של משתתפים, פונה לקהל ספציפי, ובמקרים רבים גורם מרכז מארגן את הדיון ומסייע לאינטראקצייה דו־כיוונית.[179] מאפיינים אלו יוצרים תנאים ליצירת קשרים דו־כיווניים והדדיים ומאפשרים הזדמנויות לאינטראקצייה נמשכת.

(ג) תוכן ורבגוניות – אפשר שהתכנים בשיח יהיו מגוונים: אישיים, חברתיים, פוליטיים, תרבותיים ועוד, ואפשר שיתפתחו, עם הזמן, למגוון אפיקים ולא יתמקדו בנושא אחד. בנוסף, אפשר לצפות שבשל דמיון בין המשתתפים והאפשרות לשיח נמשך ויחסים הדדיים תתפתח עם הזמן קרבה בין משתתפיו, שתגביר את ההסתברות לתוכן אישי.

על רקע מבנה הפעילות בשיח וזרימת המידע במסגרתו נסכם כי מתקיים פוטנציאל גבוה להתפתחות קשרים חזקים ובינוניים בפלטפורמות המתאפיינות בשיח מסוג זה. מאפיינים אלו מביאים להגדרת יעדים קולקטיביים ומקדמים פן מיוחד של הזכות לחופש ביטוי בפיתוח תרבות דמוקרטית כמו גם ערכים נוספים בבסיס הזכות.[180]

178 רשתות חברתיות רבות, ופייסבוק בתוכן, אף מחייבות באופן פוזיטיבי, במסגרת תנאי השימוש, משתמשים ליצור פרופיל המשקף את זהותם האמתית. ראו פסקה 4 לתנאי השימוש בפייסבוק: www.facebook.com/profile.php?id=100002572218832&ref=tn_tnmn#!/legal/terms.
במסגרת תנאי השימוש פייסבוק שומרת לה שיקול דעת למחוק פרופילים כאשר קיים חשד לשימוש בזהות בדויה. פייסבוק אף מפעילה בפועל סמכות זו. ראו בפירוט Grimmelmann, לעיל ה״ש 170, בעמ׳ 1198.

179 בפורומים צרים יש לרוב גורם מרכז-מנהל הפורום. בבלוגים כותב הבלוג מנהל את הדיון על הבלוג, וברשתות חברתיות כל חבר מארגן את הדיון ברשת החברתית שלו.

180 שיח מסוג זה מקדם אפשרויות נרחבות לביטוי בנושאים פוליטיים ומתבטא גם במישור השתתפותי, קידום ופיתוח תרבותי. השיח מבטא גם רציונל אוטונומי להגנת חופש הביטוי, כפי שמתבטא בכל ביטוי, ובנוסף במסגרת דיון דמוקרטי השיח אף מציף אל פני השטח רעיונות, מגביר זמינות מידע

nevo.co.il

להלן טבלה מסכמת המתארת את סוגי השיח השונים בראי המשתנים המשפיעים על יצירת קשרים במסגרתם. הטבלה אף כוללת שמות של אתרים מוכרים ומובילים אשר נכללים בכל קטגוריה:

סוגי שיח	דוגמאות	משתנים עיקריים המשפיעים על חוזק הקשרים בשיח			סוג הקשרים בשיח
		דמיון והומוגניות	זמן והזדמנויות לאינטראקצייה	תוכן ורבגוניות	
שיח ב״סגנון חופשי״	טוקבקים, לדוגמה תגובות לתוכן מערכת באתרים: Walla, Ynet פורומים רחבים ללא גורם מרכז. לדוגמה באתר: hydepark	(-) קבוצה רחבה והטרוגנית.	(-) קבוצה גדולה, אנונימית ובלתי מסוימת, ביטוי אד הוק מאדם אל חלל האוויר.	(-) נושא כללי, אינו רבגוני ואינו אישי.	לכל היותר קשרים חלשים.
שיח לייצור קבוצתי	מיזמים ליצירה משותפת המורכבים מתרומות קטנות רבות. לדוגמה: Wikipedia אתרים לשיתוף מאורגן בידע, מידע ורשמים. לדוגמה: Slashdot אתרים לדירוג וכתיבת חוות דעת. לדוגמה: ramkol	(-) קבוצה גדולה, רחבה והטרוגנית, למשתתפים מוטיבציות שונות. לעתים תיתכן הומוגניות באשר לנושא השיח הצר, אך מכל מקום, אין להסיק מכך על דמיון בין המשתתפים.	(+/-) ביטוי מאדם לקבוצה. ברמת ממשק בסיסית, אין הזדמנויות לאינטראקצייה נמשכת. בממשק מורכב, זו עשויה להתקיים בין קומץ השחקנים החוזרים באתר.	(-) נושא לא אישי ולא רבגוני. המיקוד במיזם וברצון לקדמו.	לרוב קשרים חלשים. פוטנציאל למיעוט קשרים בינוניים בין קומץ השחקנים החוזרים שיהוו ״עולם קטן״ של שחקנים חוזרים בשיח שאיננו מתאפיין באינטראקצייה נמשכת.

ותורם לשוק הרעיונות. עם זאת בניגוד לשיח לייצור קבוצתי השיח אינו בהכרח צובר מגוון הטרוגני של דעות בזירה אחת.

שיח לדיון מאורגן והבניית קהילות	פורומים צרים, לרוב בעלי גורם מרכז. לדוגמה: פורומים באתר תפוז tapuz.co.il, אג׳נדה בנענע 10 בלוגים. לדוגמה: הבלוגיה ב-תפוז, ישראבלוג בנענע10 ומיקרובלוגינג דוגמת טוויטר. רשתות חברתיות. לדוגמה: פייסבוק, טוויטר, קפה-דה מרקר.	(+) השיח מתנהל על אודות נושא או קבוצה מסוימים, פורום צר יותר.	(+) פרסונות רשת, דו כיווניות מאדם לאדם.	(+) תוכן מגוון שעשוי ללבוש גוון אישי.	פוטנציאל גבוה ליצירת קשרים חזקים לצד בינוניים.

ג. לקראת מודל חדש להסדרה פרטיקולרית של אחריות הספק ללשון הרע

1. מה הקשר? קשרים, הֶקשרים ואחריות הספק – הצעה למודל חדש

״במקרים רבים פרסום כוזב ופוגע באתר היכרויות חמור יותר ממקרים בהם קיימת פגיעה בשמו הטוב של אדם, באמצעות תגובית (טוקבק) או בפורום אינטרנטי כלשהו. במקרים של תגובית, ברור לכל כי המגיב איננו מושא הפרסום, וכי דבריו אודות מושא הפרסום הינם בעלי מימד ביקורתי [...] בניגוד למצב המתואר לעיל, כאשר מפורסמת תמונתו של פלוני באתר היכרויות לצד נתונים כוזבים, פלוני הוא זה שנחזה כמי שיזם את הפרסום ורצה בו [...] אותה מסננת רציונלית שעמדה לרשות קורא המידע במקרים של תגוביות פוגעות, אינה רלוונטית למקרה שלפנינו בו הנחשף למידע משוכנע כי פלוני בעצמו יזם את פרסום תמונתו ואת ההצעות השונות והמשונות שהתפרסמו לצידה״.[181]

181 פס׳ ח לפסק הדין. פסק דינו של בית המשפט בעניין **דוביצקי**, לעיל ה״ש 54, צוטט שם. נציין כי התייחסותו של גרימלמן לפרופיל אישי ברשתות חברתיות דומה. Grimmelmann, לעיל ה״ש 170, בעמ׳ 1176. אופן הצגת מחבר הביטוי הוא חלק מרכזי מהמדיום ולו השפעה על המסר. ראו בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 348.

מובאה זו מיטיבה להמחיש כי להבדלים בין סוגי השיח השפעה מכרעת על האופן שבו נתפס הביטוי במסגרתם. לאור הבחנה בין סוגי שיח שונים וחוזק הקשרים המאפיין אותם נציע מודל שיבחין בין סוגי שיח ויעצב מתחמי הסדרה לסוגי שיח שונים ולניזוקים שונים. בעבר הוצעו טקסונומיות אחרות לסיווג השיח למטרות שונות שלא במסגרת דיון משפטי בסוגיה זו.[182] למיטב ידיעתנו, זו הפעם הראשונה שבה מבוצעת קשירה ישירה בין מודל תיאורי חברתי/טכנולוגי אשר מבוסס על הקשרים למבנה משפטי/נורמטיבי.

מלבד ההסתמכות עצמה על הקשרים חברתיים כמשתנה מרכזי להבחנה בין כללי האחריות המשפטית אנו נדרשים לקביעה בדבר **אופי** האחריות בכל הקשר. אופי האחריות ייגזר מכמה משתנים מרכזיים הקשורים ישירות לאיזון הראוי בהסדרים המשפטיים לעניין עוולות ביטוי. קיומם ועצמתם של משתנים אלו תלויים ישירות בסוג ההקשר החברתי. המשתנים הם אלה: א) חומרת הנזק הפוטנציאלי; ב) הפוטנציאל להסדרה פרטית; ג) היות הנפגע ניזוק פנימי או חיצוני (לפי הגדרת מושגים אלו להלן).

בדיקת משתנים אלו מגלה כי בהקשרי שיח שונים ואשר לניזוקים שונים קיימים מאפייני נזק אחרים, סיכוי להסדרה פרטית שונה וחשיבות משתנה לאלמנטים הנוגעים לחופש הביטוי. הסדרה על יסוד הקשרים חברתיים מאפשרת רגישות רבה יותר למשתנים אלו ולעצמתם בסיטואציות שונות. מנגד היא מעניקה לשופטים, למשתמשים ולמפתחים כאחד כלל אצבע פשוט יחסית אשר יגדיר להם את אחריות הספק המקוון. בכך ייווצר הסדר משפטי המעניק ודאות ופשטות כאחד ויאפשר ניהול סיכונים יעיל אקס אנטה. עם זאת החלת המודל בפסיקת בתי המשפט מאפשרת סטייה מהכללים המוצעים וגמישות במצבי קיצון ומביאה לקידום הגינות אקס פוסט.[183] נפרט עתה בכלליות את אופי המשתנים הללו, את מרכזיותם לסוגיית עוולות הביטוי והשפעת ההקשר החברתי על טיבם ועצמתם.

(א) חומרת הנזק הפוטנציאלי

כפי שהוזכר לעיל בחלק ב.2, דיני לשון הרע כבר עתה מתחשבים בחומרת הנזק לקביעת שיעור הפיצוי ומצביעים על פרמטרים שונים כמדדים להערכתו: טיב הפרסום, היקפו,

182 ראו Shirky 2010, לעיל ה״ש 174. שירקי הציע סיווג לפי הערך שחלוקת הטובין בשיח יוצרת כדי להתמודד עם איומים פנימיים לשיח החותרים תחת שיתוף פעולה, והתייחס לארבע קטגוריות: א) ערך אישי – פעילות אינדיווידואלית שיוצרת ערך אישי; ב) ערך קיבוצי – יצירת ערך קיבוצי באמצעות דיאלוג; ג) ערך ציבורי – יצירת משאב ציבורי; ד) ערך אזרחי – התארגנות לפעילות קולקטיבית ושינוי חברתי. סיווג נוסף תלוי הקשר התייחס ליכולתם של סוגי שיח שונים להתגבר על בעיות אמינות ומוטיבציה בהעברת מידע על סעיפים בעייתיים בחוזים אחידים. הסיווג התייחס לבלוגים, לוחות מודעות אינטרנטיים ורשתות חברתיות. ראו Becher & Zarsky, לעיל ה״ש 123, בעמ׳ 337–340.

183 מצבי קיצון שעשויים לאפשר סטייה מהכללים שמתווה המודל מתרחשים במצבים של אי־צדק זועק – כאשר הספק מודע לביטויים פוגעניים חמורים ובאופן מכוון מעלים מהם עין או מעודד באופן אקטיבי ביטויים עוולתיים. סטייה מכללי המודל במקרים אלו מאפשרת לשמר הגינות אקס פוסט.

אמינותו, מידת פגיעתו והתנהגות הצדדים.[184] הקשר סוג השיח משפיע על פרמטרים אלו. **ראשית**, סוג השיח משפיע על **סוג המידע** העובר במסגרתו ועל טיבו. לצד הקשרי שיח הבנויים להעברת מידע מורכב ורב, קיימים הקשרים אחרים המתאימים להעברת מידע שטחי העומד בפני עצמו. ככל שהשיח מאפשר להעביר מידע מורכב יותר ומפורט יותר, כך פוטנציאל נזקו של המידע גבוה יותר מבחינת הניזוק. **שנית**, סוגי שיח שונים משפיעים על **אופן זרימת המידע**. ההקשר החברתי של סביבת המידע יוצר מבנים חברתיים שונים, מתווה את גודל הקבוצה שאליה מופנה הביטוי ואת תמהיל הקבוצה, משליך על אופיו של קהל היעד (קהל מסוים, או לא מסוים) ועל פומביות הביטוי. לכך עשויה להיות השפעה על הסיכוי להגיע לסף המינמלי הדרוש לתמיכה והסכמה עם האמור במידע המופץ בתוך הקבוצה לפני שאנשים יבחרו להפיצו הלאה. כאשר מספר המקבלים את המידע כמהימן והתומכים בדברים גדול יותר, עצמת הפגיעה מדבר לשון הרע גבוהה יותר, וכך גם חומרת נזקה.[185] **שלישית**, הקשרים שונים של שיח משפיעים על **מוניטין הדובר, על האופן שבו המידע נתפס וכך גם על אמינותו**.[186] לצד סוגי שיח המתאפיינים בשחקנים חד־פעמיים שאינם מאפשרים לדובר לצבור מוניטין מתקיימים סוגי שיח המתאפיינים בשחקנים חוזרים ומאפשרים צבירת מוניטין. פוטנציאל חומרת הנזק גבוה יותר בסוגי שיח המאפשרים לדובר לצבור מוניטין, שעשוי להגביר את אמינות דבריו. אין דומה דבר לשון הרע המגיע ממקור בעל מוניטין לזה המגיע ממקור אנונימי.

נסכם כי הקשר סביבת המידע משפיע על פוטנציאל נזקי מידע. ככל שהנזק הפוטנציאלי גבוה יותר, כך חשיבותה של הסדרת פעילות הספק רבה יותר, וייתכן כי תידרש התערבות הדין. הבנת ההקשרים החברתיים מאפשרת יצירת כללי אצבע לזיהוי הזדמנויות שבהן פוטנציאל הנזק גבוה.

(ב) פוטנציאל להסדרה פרטית

הדין הפורמלי אינו הכוח היחיד המעורב בהסדרה, ולצדו קיימים אמצעי הסדרה נוספים.[187] לדוגמה, במשטרי האחריות אשר קיימים בתחומי מדיה אחרים יש גם כללי

184 ראו הדיון בספרות לשון הרע ובעניין **אמר**, לעיל ה״ש 116, והטקסט הצמוד לה.

185 הקשר קבוצתי המתאפיין בקשרים חזקים עשוי להוביל להטיות בעיבוד מידע ולחץ חברתי (הספרות מכנה הטיות אלו ״מפלי ידע״ ו־״מפלי מוניטין״). השפעות אלו עשויות להשליך על הסף לקבלת מידע, על עצמת הביטוי והשפעתו. ראו SUNSTEIN, INFOTOPIA, לעיל ה״ש 148, בעמ׳ 88–92; Mark S. Granovetter, *Threshold Models of Collective Behavior*, 83 THE AM. J. OF SOCIOLOGY 1420, 1433 (1978); וכן CASS R. SUNSTEIN, ON RUMORS: HOW FALSEHOODS SPREAD, WHY WE BELIEVE THEM, WHAT CAN BE DONE (2009) (להלן: SUNSTEIN, ON RUMORS).

186 ראו בהקשר זה גם בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 348, שהתמקד במאפיין של זיהוי הדובר והשפעתו על המסר.

187 LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0, 120–137 (2006), התייחס לארבע דרכים עיקריות להסדרה: השוק, ארכיטקטורה, נורמות חברתיות והמשפט.

אתיקה אשר מחייבים את השחקנים בשוק הרלוונטי ונאכפים באמצעות מנגנונים שונים בהצלחה כזו או אחרת. אולם הזירה המקוונת מביאה את ההסדרה הפרטית להקשר נרחב בהרבה, שבו התוויית הכללים כמו גם אכיפתם נעשית באמצעות קהל משתמשים נרחב, אשר אף יכול להשקיף על ביצוע אכיפה זו ולפקח עליה. חוקרים בחנו הסדרי שיתוף והסדרה לא פורמלית[188] ותיארו קהילות שהוסדרו באמצעות התנהגות חברתית הדדית. כמו כן הם תיארו עקרונות שאפשרו התאמה מרבית לסיטואציה, להקשר ולצורכיהם הייחודיים של חבריהם ביעילות ובמהירות.[189] הספרות מסבירה כי נכונותם של שחקנים לציית לנורמות שהיו אחראים לעיצובן רבה מנכונותם לציית לכללים שנכפו עליהם מבחוץ.[190] למשל, בהקשרים רבים הסדרה פרטית מהירה הוכחה כיעילה מהסדרת הדין הפורמלי והביאה להפחתת עלויות אכיפה.[191]

בבואנו לבחון מנגנונים להסדרת עוולות ביטוי, ראוי ליצור איזון בין הסדרה פרטית להסדרת הדין הפורמלי. לפיכך בבסיס המודל המוצע עומדת התובנה שלפיה מתקיימים מצבים שבהם די בהסדרה פרטית לצד מצבים שבמסגרתם נחוצה התערבות הדין הפורמלי. כאשר נורמות להסדרה פרטית מביאות לתוצאה יעילה וצודקת, הסדרה ציבורית אינה נדרשת ואף עשויה להזיק. זאת, באמצעות דחיקת מוטיבציה פנימית

188 ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (1990); ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES 167 (1991); Lisa Bernstein, *Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115 (1992).

189 מנגנונים של הסדרה פרטית אפשרו להביא לאכיפה אופטימלית שאינה תלויה כולה בשיקולים כלכליים אלא כוללת גם סנקציות של מוניטין. מערכת זו יכולה להתאים לסביבת הקהילה או התעשייה ביתר דיוק מהסדרת בתי המשפט, בעלויות נמוכות יותר. ראו Barak D. Richman, *Essay: Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering*, 104 COLUM. L. REV. 2328, 2342 (2004); Avery Katz, *Taking Private Ordering Seriously*, 144 U. PA. L. REV. 1745, 1758 (1996). בהקשר דומה ראו גם Becher & Zarsky, לעיל ה״ש 123, בעמ׳ 311.

190 YOCHAI BENKLER, THE PENGUIN AND THE LEVIATHAN: HOW COOPERATION TRIUMPHS OVER SELF-INTEREST 179 (2011) (להלן: BENKLER, THE PENGUIN AND THE LEVIATHAN); Elinor Ostrom, James Walker & Roy Gardner, *Covenants with and Without a Sword: Self-Governance is Possible*, 86 AM. POLITICAL SCIENCE REV. 404 (1992); Richard R. Ryan & Edward L. Deci, *Self-Determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development, and Well-Being*, 55 AM. PSYCHOLOGIST 68–78 (2000). כאשר השחקנים מעצבים את הכללים להסדרת התנהגותם, הם שולטים על העדפותיהם ומתנהלים כיצורים אוטונומיים. בכך יש כדי להגביר את הסיכוי לציות לנורמה.

191 עלויות אכיפה חיצונית עשויות להיות גבוהות במיוחד בהקשר הטכנולוגי המקשה על זיהוי הצדדים לצורכי תביעה.

להסדרת יחסים חברתיים.[192] אולם בהתקיים כשלים במימוש ההסדרה הפרטית, על הדין הפורמלי להיכנס לתמונה.[193]

הקשר סוג השיח וחוזק הקשרים הנרקמים במסגרתו קשור קשר הדוק למבנים החברתיים הנוצרים בשיח, ולפיכך להצלחת ההסדרה הפרטית. פוטנציאל ההסדרה הפרטית שונה בהקשרי שיח שונים. קיימים הקשרים המאפשרים הסדרה פרטית יעילה באמצעות כוחות חברתיים דוגמת ״חכמת ההמון״.[194] במקרים אחרים תצורת ההקשרים עשויה לפגוע בפוטנציאל ההסדרה הפרטית, להוביל ללחצים חברתיים ולהגביר את החצנת הנזק על הנפגע.[195] בהמשך הדיון יצוין הקשר בין סוג השיח להצלחת ההסדרה הפרטית תוך הפניה לשני ממדים עיקריים: **ראשית**, ההקשר החברתי משפיע על יכולת הניזוק להשיב לביטוי הפוגע באמצעות ביטוי נוסף ובכך להשיב מלחמה שערה ולטהר את שמו; **שנית**, ההקשר החברתי משפיע על תמהיל סביבת הביטוי, על תגובת יתר משתתפי השיח לביטוי ועל ההסתברות כי משתתפים אלו יגישו סעד לנפגע או שמא יגבירו הפגיעה בו בהצטרפותם למזיק.

(ג) הניזוק החיצוני והניזוק הפנימי

בהסתמכנו על בחינת פוטנציאל חומרת הנזק ורמת יעילות ההסדרה הפרטית נבקש להציע רמת פרטיקולריזציה נוספת לאחריות הספק ולהבחין בין שני סוגי ניזוקים: **א) ניזוק פנימי**, שנפגע מחבריו לשיח ונזקו נובע מן האינטראקצייה הפנימית עם משתתפי השיח – שיח אשר הניזוק בחר להיות חלק ממנו וייתכן שאף הגדיר מראש את חשיפתו

192 מקום שהמוטיבציה להסדרה היא פנימית, תוספת מוטיבציה חיצונית למשטר ההסדרה עשויה ליצור אפקט של "crowding out". במצבים אלו תוספת הסדרה פורמלית עשויה להביא לדחיקת מוטיבציה פנימית להסדרה. תופעה זו חלה גם כאשר התמריץ החיצוני חיובי ובפרט כאשר התמריץ החיצוני שלילי ונושא בצדו סנקציות. ראו SHIRKY 2010, לעיל ה״ש 174, בעמ׳ 131–135; BENKLER, THE PENGUIN AND THE LEVIATHAN, לעיל ה״ש 190, פרק שמיני ובפרט עמ׳ 169, 173–174; Yochai Benkler, *Law, Policy and Cooperation*, *in* GOVERNMENT AND MARKETS: TOWARD A NEW THEORY OF REGULATION (Edward J. Balleisen & David A. Moss eds., 2008) (להלן: Benkler, *Cooperation*); Edward L. Deci, *Intrinsic Motivation, Extrinsic Reinforcement and Inequity*, 22 J. PERSONALITY & SOCIAL PSYCHOLOGY 113 (1972); Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *A Fine is a Price*, 29 J. LEGAL STUD. 1 (2000).

193 Katz, לעיל ה״ש 189, בעמ׳ 1752–1753 מציין דוגמאות לכשלים: מידע א־סימטרי, החצנות והתנהגות אסטרטגית של משתתפי הזירה.

194 להסדרה באמצעות חכמת ההמון ראו ג׳יימס סורוביצקי **חוכמת ההמונים – מדוע הרבים חכמים מהמעטים ואיך תבונה קולקטיבית מעצבת עסקים, תרבויות ומדינות** (ג׳וד שבא מתרגם, 2006).

195 על הקשרים אלו עמד סנסטיין: ראו SUNSTEIN, ON RUMORS, לעיל ה״ש 185; SUNSTEIN, INFOTOPIA, לעיל ה״ש 148, בעמ׳ 88–92; Cass R. Sunstein & Reid Hastie, *Four Failures of Deliberating Groups* (U. of Chicago Public Law, Working Paper No. 215, 2008), *available at* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121400.

אליו; ב) **ניזוק חיצוני**, צד שלישי שנפגע מביטוי בשיח שלא היה שותף לו.[196] ההקשרים שציינו לעיל מובילים כל אחד מהם לפוטנציאל פגיעה שונה בשני סוגי ״שחקנים״ אלו. כל אחד מהם מצריך מחשבה נפרדת על משטר אחריות ראוי.[197] לניזוק פנימי פוטנציאל הנזק נמוך מזה של ניזוק חיצוני. כמו כן אפשרויות ההסדרה הפרטית שונות לגבי ניזוקים שונים. בהקשר הפנים־קבוצתי אפשרויות אלו נרחבות יותר. ההסדרה על פי רוב מתבצעת במסגרת נורמות חברתיות. לעומת זאת כאשר הניזוק הוא צד שלישי הנמצא מחוץ להקשר החברתי, נראה כי יש מקום להתערבות רבה יותר מצד הדין. נסביר דברים אלו להלן.

האפשרות הנתונה לניזוק שהוא חלק אינטגרלי מהשיח (״ניזוק פנימי״) להשיב לביטוי באמצעות ביטוי נוסף רבה מן האפשרות הנתונה לניזוק החיצוני. ניזוק פנימי משתתף בשיח ויכול להשיב לביטוי מיד לאחר פרסומו. כך בכוחו להקטין את הנזק אשר נגרם לשמו ולמעמדו. לעומת זאת ניזוק חיצוני עשוי לגלות את דבר הביטוי המשמיץ רק זמן רב לאחר פרסומו. בינתיים אחרים יוכלו להתוודע למידע זה. ספק אם תיקון ותגובה בשלב מאוחר יועילו לאותו נפגע חיצוני.[198]

מלבד זאת הניזוק הפנימי מודע לנורמות השיח ולכללי המשחק. לפיכך הוא יכול לכלכל צעדיו ולהתאימם לנורמות ולכללים מלכתחילה.[199] מודעות זו מאפשרת לו להחליט אם הוא מעוניין להשתתף בשיח, עד כמה ברצונו לחשוף את עצמו לסיכון לפגיעה מלשון הרע, ואימתי כדאי לו לצאת מזירת השיח ולא להמשיך את ההשתתפות בה. בהקשרים שבהם השיח פסידונימי (באמצעות זהויות חלופיות) יוכל הניזוק הפנימי לתכנן את מידת חשיפתו והקשר בין האישיות הווירטואלית לזו שבעולם הפיזי.[200]

196 להבחנה זו ראו Zarsky, *Law and Online Social Networks*, לעיל ה״ש 144, בעמ׳ 774–777.

197 הספרות בתחום לשון הרע הבחינה אף היא בין הקשרים קבוצתיים שונים. כך נידונה בספרות אחריות ללשון הרע בחוג מצומצם הקשורה בטבורה להקשר הקבוצתי של הנפגע. במסגרת דיונים אלו הובאו טיעונים באשר לצורך להתחשב בהקשרים קבוצתיים בקביעת האחריות ללשון הרע. גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 361. בנוסף, במקרים מסוימים התייחסה הפסיקה לחוגו החברתי של הנפגע בבחינת השאלה אם יש בביטוי כדי להשפילו בעיני הבריות. ראו ע״א 466/83 **שאהה נ׳ דרדריאן**, פ״ד לט(4) 734 (1986); ע״א 809/89 **משעור נ׳ חביבי** פ״ד מז(1) 1 (1992); שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב ״לשון הרע במבחן הבריות״ **משפט וממשל** ב 235 (1994).

198 על חשיבות גורם הזמן בטיהור שמו של הנפגע ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 253.

199 כך, בעניין **בורוכוב**, לעיל ה״ש 40, פס׳ 65 ו־69 לפסק הדין, נקבע כי משתתף בשיח שנורמות ההתנהגות במסגרתו הן ״קלל וגדף ככל יכולתך״, מביע בהתנהגותו (השתתפותו בשיח) הסכמה ללשון זו. גם בעניין **הופמן**, לעיל ה״ש 53, בית המשפט דחה תביעת לשון הרע נגד ספק התוכן והתייחס בנימוקיו, בין השאר, להסדרה הפרטית בשיח ולעובדה שהניזוק אף הוא השתלח במזיק, ולפיכך אין לניזוק על מה להלין (פס׳ 27 לפסק הדין).

200 כאשר הניזוק הפנימי מזדהה בכינוי, על אף חומרת הפגיעה בפני חוג חברים שלנפגע קשרים עמם הפגיעה נותרת בספרה הפרטית ואינה חורגת מן ההקשר הקבוצתי. כך, אף אם בשל קלות ההפצה

לעומתו, ניזוק חיצוני לשיח אינו יכול לשלוט במוניטין שלו. מידת חשיפתו ללשון הרע אינה בשליטתו, והפגיעה בו נרחבת ובאה לביטוי בפני כלל משתמשי האינטרנט.

בנוסף, יש לציין כי ההסדרה הפרטית בהקשרים השונים איננה מקשה אחת, וזו משפיעה אחרת על ניזוקים פנימיים וחיצוניים. אשר לניזוק הפנימי, ההקשר הקבוצתי עשוי לעתים לסייע בהסדרה הפרטית, להביא לפיתוח נורמות התנהגות מסדירות ולאכיפתן בין משתתפי הקבוצה לבין עצמם באמצעות פיקוח חברתי הדדי.[201] שונה הוא המצב באשר לניזוק החיצוני לקבוצה הנפגע מלשון הרע שמקורו במשתתפים הפנימיים לשיח. כאן קיומה של הקבוצה (אשר הנפגע איננו שייך לה) עשוי, בהקשרים מסוימים, אף להשפיע לרעה על התנהגות המשתתפים ולהעצים את נזקיו.[202]

משקלול מרכיבים אלו עולה המסקנה הבאה: כאשר חומרת הנזק הפוטנציאלי שמגלם הביטוי נמוכה ופוטנציאל ההסדרה גבוה, פוחת הצורך בהסדרה פורמלית. אולם יכול שיהא לשיח פוטנציאל נזק גבוה לעומת פוטנציאל גבוה להסדרה פרטית. במקרה כזה ראוי לבחון את פוטנציאל הנזק באשר לשני סוגי הניזוקים ולבדוק אם יש ביכולת ההסדרה הפרטית להקהות מעוקצו של הנזק אשר נגרם לסוגי ניזוקים אלו. נפרט להלן את יישום תובנות אלו.

2. מן הכלל אל הפרט: חומרת הנזק הפוטנציאלי והסדרה פרטית בראי סוג השיח

(א) שיח בסגנון חופשי

שיח בסגנון חופשי מתאפיין לכל היותר בקשרים חלשים בין משתתפיו. לפיכך **פוטנציאל הפגיעה והנזק** בהקשר זה נמוך. **סוג המידע** ששיח זה יעיל להפצתו הוא פרטי מידע קטנים ושטחיים העומדים בפני עצמם. השיח אינו יעיל בפיזור מידע מורכב, והפלטפורמה אינה צוברת את מקטעי המידע לכדי תמונה כוללת. **קהל היעד** לביטוי אינו

בהקשר האינטרנטי הדברים יזלגו מחוץ להקשר הקבוצתי, הם לרוב לא יכוונו כלפי זהותו מחוץ לעולם המקוון, והיקף הפגיעה יהיה מוגבל.

201 ברזילי־נהון וברזילי, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 506, מתארים כי בעקבות כניסת משתמש לפורום, אשר לוותה בפגיעות מכוונות בחברי הקהילה כמו גם בהפרעה לשיח, ביקשו ותיקי השיח ממשתתפיו להתעלם ממנו. במקרה אחר כאשר משתמש עבר על חוקי הקהילה, ביקשו ותיקי השיח ממשתתפיו האחרים להתקיף אותו מילולית ולהבהיר לו כי הוא אינו רצוי במסגרת זו.

202 השתייכות לקבוצה פנימית מלוכדת יוצרת תחושת סולידריות. תחושת סולידריות זו עשויה להשפיע על התנהגות משתתפי הקבוצה, להוביל לשנאת הזר שאינו משתייך לה ואף לאדישות מוסרית כלפיו. ראו BENKLER, THE PENGUIN AND THE LEVIATHAN, לעיל ה״ש 190, בעמ׳ 92–95; CASS R. SUNSTEIN, GOING TO EXTREMES: HOW LIKE MINDS UNITE AND DIVIDE 103–107 (2009) (להלן: SUNSTEIN, GOING TO EXTREMES). כך למשל זהות לאומית מובילה לשנאה כלפי לאום אחר: Samuel Bowels & Herbert Gintis, *Persistent Parochialism: Trust and Exclusion in Ethnic Networks*, 55 J. ECON. BEHAVIOR & ORG. 1 (2004).

מסוים. הביטוי נזרק אל חלל האוויר והפלטפורמה היא צומת להעברת מידע. אמנם קהל היעד למידע המופץ במסגרת זו גדול, אולם המשתתפים מבוזרים ועצמאיים ואין היירכייה ביניהם. אנונימיות המשתתפים מקשה על הערכת מאפייניהם, ויש להניח כי תמהיל המשתתפים בשיח הטרוגני. בשל מאפיינים אלו ההסתברות להגברת נזקי ביטוי בעקבות איחוד כוחות של משתתפי השיח נגד נפגע יחיד נמוכה. בנוסף, בשל ריבוי התגובות בשיח על גבי פלטפורמה אחת שהיא צומת לביטוי, פומביות התגובה הבודדת פחותה[203] (ואכן כך אף מעידים סקרים שנערכו לעניין תגוביות).[204] במאפיינים אלו יש כדי להחליש את עצמת זרימת המידע. כמו כן **אמינות הביטוי** בהקשר שיח זה נמוכה. זאת בשל אנונימיות משתתפי השיח, היעדר אפשרות לעקוב אחר שחקנים חוזרים ולנהל דיון נמשך ורציני.[205]

בשל מאפיינים אלו פוטנציאל הנזק מביטוי בשיח מסוג זה שולי. כך באשר **לניזוק החיצוני** – אדם אשר פרטיו ואישיותו מצוינים בדיון כאמור. בשל שטחיות המידע והאמינות הנמוכה המיוחסת לו, משקלו מינורי.[206] בנוסף, גם קהל היעד מצומצם. מעט משתמשים חיצוניים לשיח קוראים את הנאמר בו, וריבוי התגובות מקהה מפומביותו של ביטוי קונקרטי המופנה נגד ניזוק מסוים.[207]

כאשר הנפגע הוא **ניזוק פנימי**, המסקנה שעצמת הנזק נמוכה, נכונה ביתר שאת. כאן הכוונה לאדם המשתתף בשיח האמור (במקרים רבים באופן אנונימי) ונפגע מדברי משתתפים אחרים המכוונים כלפיו (״למגיב 59״ לדוגמה). ניזוק זה לרוב אנונימי, והביטוי (השטחי, המתאפיין באמינות נמוכה) אף אינו מופנה לזהותו האמתית אלא לכינוי החד־פעמי שבחר להגיב באמצעותו. לנוכח זאת הפגיעה אינה כלפי כולי עלמא כלל, ונזקו מתמצה לרוב באי־נוחות רגעית.

אף את הנזקים המצומצמים הנגרמים בהקשר זה אפשר לרפא באמצעים לבר־משפטיים (אשר דומים לאלו של **הסדרה פרטית**). במסגרות אלו יכול הניזוק להשיב לביטוי הפוגע בפורום הרלוונטי באופן שוויוני. כך בוודאי לעניין **הניזוק הפנימי**. זה יכול להגיב לביטוי בביטוי מידית, להסביר כי נעשה לו עוול[208] ולהביא לטיהור שמו. בנוסף,

203 ראו עניין **דיסקין**, לעיל ה״ש 47, פס׳ 122 לפסק הדין.

204 ראו הסקרים לעיל, ה״ש 137. גישה זו בדבר משקלו של שיח זה מצאה ביטויה גם בפסיקה וראו את דברי השופט לוי בפס׳ הראשונה לפסק דינו בעניין **מור – עליון**, לעיל ה״ש 4, שאף הגדיר את התגובות ״מהומה על לא מאומה״.

205 Strahilevitz, *Privacy*, לעיל ה״ש 108, בעמ׳ 964; בעניין **מושקוביץ**, לעיל ה״ש 136, ס׳ 12 צוין כי הקורא הסביר אינו עשוי להתייחס לתגוביות ברצינות רבה.

206 שם; עניין **מור – מחוזי**, לעיל ה״ש 63, פס׳ 34 לפסק הדין.

207 המצב שבו ריבוי תגובות מקהה מפומביות הביטוי וכך מנזקיו עולה גם מפסקי הדין. להמחשה, בעניין **דיסקין**, לעיל ה״ש 47, בפס׳ 122 לפסק הדין, דובר בתגוביות מספר 86 ו־88.

208 על יעילות ה״מלחמה״ בביטוי באמצעות ביטוי ראו Robert D. Richards & Clay Calvert, *Counterspeech 2000: A New Look at the Old Remedy for "Bad" Speech*, BYU L. REV. 553

בהיעדרם של קשרים חזקים בין המשתתפים ההסתברות כי השיח יתאפיין במגוון דעות אשר כולן בזירת שיח אחת – גבוהה. כך יינתן לביטוי המשמיץ משקל שכנגד על ידי משתתפים אחרים. במצב דברים זה קורא חיצוני המעיין בתגובות ייחשף למגוון דעות ולא לעמדה חד־צדדית.

הניזוק החיצוני עשוי אף הוא להגיב לביטוי ולהעמיד לו משקל נגד, אם היה עד לביטוי סמוך לפרסומו.[209] כמו כן בשל התמהיל הקבוצתי המגוון עשוי להינתן לביטוי משקל נגד באמצעות תגובות מאזנות אחרות של יתר המשתתפים אף מבלי שהניזוק יגיב בעצמו.

נסכם כי מאפייני השיח יוצרים תנאים המקהים מעוקצו של החשש לפגיעה באוטונומיה של הנפגע, והשמצות במסגרתו לא יגרמו לדיכוי הביטוי העצמי שלו. כמו כן על אף המשקל הנמוך המיוחס לביטוי בשיח זה בעיני הקורא, נודעת לו חשיבות רבה בקידום האוטונומיה של הפרט הדובר והגשמתו העצמית. חומרת הנזק המינורית ופוטנציאל ההסדרה הפרטית הנוגעים לשני סוגי הניזוקים בשיח זה מטים את הכף לטעמנו למתן פטור לספק באשר לשיח זה. מובן שאין בקביעה זו משום מניעה מהנפגע לתבוע את הפוגע בתביעה ישירה.

(ב) שיח לייצור קבוצתי

בהקשר זה רוב משתתפי השיח אינם שחקנים חוזרים והקשרים שביניהם, אם בכלל, הם חלשים. אולם בליבת משתתפי השיח שהם שחקנים חוזרים עשוי להתפתח ״עולם קטן״ הנבדל מן הקבוצה הרחבה, ובין משתתפיו פוטנציאל לקשרים בינוניים. בחינת המרכיבים המשפיעים על עצמת הנזק מגלה כי ייתכן פוטנציאל פגיעה גבוה בהקשר זה. **סוג המידע** ששיח זה יעיל בפיזורו הוא מורכב. הביטוי במסגרתו אינו ״נזרק״ אל האוויר אלא אל פלטפורמה ייחודית, המאפשרת לצבור פרטי מידע ממקורות שונים ולשקללם לכדי יצירה מורכבת. **קהל היעד** הוא קבוצה רחבה, אולם דיונים הנערכים בליבת משתתפי השיח הקבועים עשויים להיות מופנים אל אדם ספציפי. השיח אינו אד־הוקי ומתרכז באתר העומד על מכונו ומוקדש למיזם הייצור. **אמינות הביטוי** עשויה להיות

(2000). גם הפסיקה התייחסה לאפשרות זו כשיקול אם להעניק סעד. ראו עניין **דיסקין**, לעיל ה״ש 47, פס׳ 122 לפסק הדין.

209 עניין **כנען**, לעיל ה״ש 101. באותו עניין צוין בשולי פסק הדין כי התובע (ניזוק חיצוני) בחר שלא להגיב על אף ידיעתו על הפרסום ונגישות הפורום לכול. לכן נקבע כי הפגיעה בשמו הטוב מצטמצמת (״התובע עצמו בחר שלא להגיב לאמור בהודעה, על אף נגישותו של הפורום לכל המבקש להביע דעה ועל אף שהתבקשה תגובתו לאמור בהודעה ועל אף שהעיד, כי ידע על ההודעה מספר ימים לאחר פרסומה (עמ׳ 12 לפרוטוקול)״).

גבוהה למרות היעדר קשרים חזקים[210] בשל מבנה הפלטפורמה המאפשר לקבץ מידע ממקורות שונים ומנגנוני הכרה ומוניטין, המובנים בפלטפורמות רבות מסוג זה.

המבנה האמור עשוי להוביל ליצירת נזקים ניכרים לכל סוגי הניזוקים. במיוחד נכון הדבר לעניין **הניזוק החיצוני**. בעניינו פוטנציאל חומרת הנזק גבוה. אף על פי שרוב משתתפי השיח שואפים לתרום למיזם ולהוסיף ידע ומידע אמינים ורלוונטיים, קיימים משתתפים המעדיפים לקדם את האינטרס העצמי האישי על פני המיזם וגודשים את הפלטפורמה בתכנים משמיצים. תכונות הפלטפורמה הייחודיות מאפשרות צבירה ושקלול דעות לתוצר מורכב ואמין שאינו שטחי המופנה כלפי ניזוק ספציפי מזוהה. למשל, השמצה במסגרת פלטפורמה לדירוג וכתיבת חוות דעת עשויה לגרום למושמץ להפסד לקוחות.[211] אולם בשיח זה נשמרים הטרוגניות ועצמאות הקבוצה.[212] לפיכך פוחתת ההסתברות להתקפות המוניות וחד־צדדיות כלפי ניזוק מסוים (בעיה שנדון בה להלן).

הניזוק הפנימי עשוי אף הוא להיפגע מביטוי במהלך דיונים על מיזם הייצור. נראה כי אתרים לייצור קבוצתי נוהגים לקבוע כללי התנהגות ואוסרים על התנהגות פוגעת.[213] למרות זאת לעתים משתתפים פוגעים בתרבות השיח ונוקטים התקפות אישיות כלפי משתתפים

210 שיח לייצור קבוצתי נתפס אמין. למשל, מחקרים שונים מצאו את ויקיפדיה אמינה ביחס לאנציקלופדיות אחרות (ראו לעיל ה״ש 147). כמו כן סטרכילביץ׳ הציג מחקרים על פלטפורמות לדירוג מרצים שבמסגרתם נמצא מתאם בין דירוג מרצים בפלטפורמה לדירוגם בסקרי רמת הוראה שנערכו באוניברסיטה, אף על פי שהפלטפורמה לא אימתה את זהות המדרגים כסטודנטים. בשל מאפייני הקבוצה המשתתפת בשיח טעויות במסגרתו מתוקנות, וברוב המקרים השיח אמין. ראו בהרחבה Lior Jacob Strahilevitz, *Pseudonymous Litigation*, 77 U. CHI. L. REV. 1239, 1247 (2010).

211 משיחה זו באתר ״רמקול״ אנו רואים כי חוות דעת שלילית גרמה ללקוחה פוטנציאלית התלבטות בשאלה אם להיעזר בשירותי אותה ספקית (סלון כלות): www.ramkol.co.il/viewForumMsg.php?msgId=10530.

212 נציין כי הטרוגניות ועצמאות הדוברים בקבוצה נשמרים על אף הפוטנציאל ליצירת קשרים בינוניים בליבת משתתפי השיח שהם שחקנים חוזרים. בניגוד להקשרים שבהם נוצרים קשרים חזקים, בהקשר דנן של ״שיח לייצור קבוצתי״ הדיון איננו מתאפיין בהומוגניות או בשיח הנוגע לעניינים אישיים ואף לא לשיח רבגוני (כולם אלמנטים שעל פי המחקרים שצוינו תורמים ליצירת קשרים חזקים). לפיכך היות שיש כמה סיבות לאי־התפתחות של קשרים חזקים גם בליבת הקשר זה, אין קשרים אלו משפיעים על פוטנציאל חומרת הנזק באותו אופן שבו משפיעים הקשרים אחרים שיידונו להלן, שבהם ייווצרו קשרים חזקים. להרחבה על מאפייני קשרים בינוניים ראו Strahilevitz, *Social Norm*, לעיל ה״ש 105.

213 ראו תנאי השימוש באתרים ״רמקול״ www.ramkol.co.il/termsService.php, ״רסט״ www.rest.co.il/Terms.aspx, ו־״דרגו״ www.dargoo.co.il/regulation.asp, וקווים מנחים להתנהגות בוויקיפדיה: he.wikipedia.org/wiki/%D7%95%D7%99%D7%A7%D7%99%D7%A4%D7%93%D7%99%D7%94:%D7%91%D7%A8%D7%95%D7%9B%D7%99%D7%9D_%D7%94%D7%91%D7%90%D7%99%D7%9D.

אחרים.[214] אולם משתתפי השיח לרוב משתמשים בפרסונת רשת, הנבדלת מזהותם מחוץ למרחב המקוון. כך פוטנציאל הפגיעה לרוב מתמצה בין הצדדים לבין עצמם. נושא השיח אינו אישי ונסב על המיזם. כמו כן בשל הטרוגניות הקבוצה ההסתברות לאיחוד כוחות ולהתקפות המוניות נגד ניזוק מסוים פחותה. אך עדיין אפשר שניזוק זה יסבול מפגיעה רגשית ומפגיעה במוניטין שלו בקרב קהילת המשתתפים אף על פי שפוטנציאל הפגיעה בו חמור פחות מזה של הניזוק החיצוני.

אולם הכוחות החברתיים הפועלים בזירה זו מקהים מעוקצו של הנזק ומוליכים למסקנה דווקא בדבר הצורך בצמצום באחריות הספק (שכן למרות הסבירות לקיום נזק על פני הדברים, מתקיים פוטנציאל גבוה להסדרה פרטית). בשל היעדר קשרים חזקים זירות מעין אלו מתאפיינות במגוון דעות. מלבד זאת הפלטפורמה הטכנולוגית (המאפשרת מדידת הכרה ומוניטין, כמו גם דירוג תכנים) אשר עומדת בבסיס הזירות הללו מקדמת דינמיקה של ״חכמת ההמונים״.[215] כמו כן בשל הטרוגניות המשתתפים ונושאו של השיח הממוקד במיזם הסיכויים ללחץ קבוצתי אשר יבוא מהם ויפגע במגוון הדעות בשיח פחותים.

נזקו של **ניזוק פנימי** מוקהה באמצעות הסדרה פרטית. הטרוגניות הקבוצה ועצמאותה מאפשרים התמודדות שוויונית עם ביטוי משמיץ וטיהור שמו של הנפגע באמצעות ביטוי נוסף. כמו כן מחויבות למיזם גורמת למשתתפים לסייע בהסדרת השיח, לתקן טעויות בו ולהוות משקל נגד לביטוי. בנוסף, קשרים בינוניים שאפשר שיתקיימו בליבת המשתתפים שהם שחקנים חוזרים, עשויים ליצור דינמיקות שיביאו לפיתוח נורמות של הדדיות ופיקוח חברתי. דינמיקות אלו עשויות לשמש בשירות ניזוק זה ולהגביר את פוטנציאל ההסדרה הפרטית בעניינו.[216]

214 בשיח בוויקיפדיה למשל ניזוק פנימי עשוי להיפגע ממחיקת ערכים או מוונדליזם ולסבול מהשמצות במסגרת דפי השיחה. באתר ״רמקול״ הניזוק עשוי להיפגע מביטויים במסגרת שיחות על חוות דעתו. ראו לדוגמה www.ramkol.co.il/viewForumMsg.php?msgId=15333.

215 ראו סורוביצקי, לעיל ה״ש 194, בעמ׳ 48, שהתייחס למאפייני קבוצה חכמה: מגוון, עצמאות, ביזור וקיבוץ. שיח לייצור קבוצתי למעשה מתאים למאפיינים אלו בשל חוזק הקשרים שבמסגרתו והאפשרות לצבור את מגוון הדעות אל פלטפורמה מיוחדת.

216 ההסתברות כי קשרים בינוניים יביאו להגברת פוטנציאל חומרת הנזק נמוכה. ראו לעיל ה״ש 212. מנגד קשרים אלו, המתאפיינים בציפייה לאינטראקצייה חוזרת, מביאים לידי פיתוח נורמות של הדדיות ופיקוח חברתי. לפיכך קשרים אלו עשויים לסייע בהסדרה פרטית בעניינו של הניזוק הפנימי. להרחבה בעניין אינטראקצייה חוזרת והדדיות ראו Elinor Ostrom, *Toward a Behavioral Theory Linking Trust, Reciprocity and Reputation*, *in* TRUST & RECIPROCITY: INTERDISCIPLINARY LESSONS FOR EXPERIMENTAL RESEARCH 19, 41 (Elinor Ostrom & James Waker eds., 2005).

גם באשר לניזוק החיצוני נראה כי תנאי השיח וכוחות חברתיים הפועלים במסגרתו מקהים את הנזק. כבר נאמר כי ״עם מספיק עיניים, כל הבאגים שטחיים״.[217] בהיקש לענייננו אפשר לטעון כי בשל גודלה של הקבוצה, היעדר קשרים הדוקים בין משתתפיה ועצמאותה, הנפגע עשוי לקבל סעד מצד משתתפים המבקשים לתקן טעויות בשיח כדי לשפר את מיזם הייצור. הם אף יפעלו להוציא מהמיזם אמירות משמיצות בשל רצונם לשמר את רמת המוצר המתקבל.

בשל מורכבות עניין זה נציין כמה דוגמאות למערכות הטכנולוגיות והחברתיות להסדרה הפרטית, עד כמה שהן נוגעות לניזוקים פנימיים וחיצוניים באתרים פופולריים בישראל ובחו״ל הנכללים בקטגוריה זו: ״ויקיפדיה״, ״רמקול״ ו״מיט פור מיט״. בוויקיפדיה מתבצעת אכיפה קפדנית של נורמות חברתיות באמצעות מעגל מצומצם של שחקנים חוזרים. מנגנונים אלו מקטינים את הסיכוי לנזק שייגרם לניזוק פנימי. הדבר נעשה תוך כדי דיונים הנערכים על גבי דפי השיחה. כמו כן משתתפים אחרים עשויים לדווח על תקשורת המפרה את נורמות השיח למנהלי האתר.[218] בנוסף, ויקיפדיה פיתחה מנגנון ליישוב סכסוכים המתחיל בהחלפת דעות ומסתיים בוועדת בוררות המורכבת ממשתתפים בולטים, שנבחרו לכהן בתפקיד. לוועדה סמכות לנקוט סנקציות כלפי מפרים, והיא משתמשת בה, בעיקר כלפי משתמשים שהתנהגותם אנטי־חברתית.[219] האמצעים החברתיים מגובים באמצעים טכנולוגיים המסייעים באכיפה ומאפשרים לחסום חשבונות, כתובות IP, או לחסום מעריכה מאמרים בנושאים מסוימים.[220] מלבד זאת המנגנונים הללו אף מצמצמים את הסיכוי לפגיעה בניזוק חיצוני עקב השמצה פרועה או טעות אשר תפורסם על דפי האתר. מספר המשתתפים הרב ויכולתם להסדיר עריכה בעייתית מאפשרים פיקוח הדוק. הפיקוח פועל להגשמת יעדי ויקיפדיה – העברת מסרים ניטרליים ונכונים הנקיים מעמדה אישית ועיוותים.[221]

217 אריק ס׳ ראימונד ״הקתדרלה והבזאר״ **מגאזין ברשת** www.isoc.org.il/magazine/magazine .3_8.html

218 David A. Hoffman & Salil K. Mehra, *Wikitruth: Through Wikiorder*, 59 EMORY L.J. 151 (2010), בעמ׳ 170 מציינים את עקרונות המדיניות של ויקיפדיה המהווים בסיס לבחינה האם התנהגות מפרה את נורמות השיח.

219 שם, בעמ׳ 190; ZITTRAIN, THE FUTURE OF THE INTERNET, לעיל ה״ש 147, בעמ׳ 144. מדיניות ויקיפדיה היא להפריד בין תוכן לתהליך, לייחס חומרה רבה להתנהגות אנטי־חברתית, להטיל לגבי התנהגות אנטי־חברתית סנקציות חמורות מאלה הננקטות כלפי הפרה עריכתית ולאפשר למשתתפים לטפל במאמרים ולתקן טעויות.

220 שם, בעמ׳ 135–137.

221 נציין כי באשר למקרים שבהם השמצה, או ערך מוטעה, נותרו זמן רב באתר ללא שינוי, נראה כי רק מעט אנשים נחשפו לעריכה, ולכן חומרת הנזק לא היתה גבוהה. בעבר נכתב בויקיפדיה ערך שקרי, שלפיו עוזרו לשעבר של קנדי, סייגנטלר, היה מעורב בהתנקשות בו. רק לאחר ארבעה חודשים תוקנו הדברים על ידי חברו של סייגנטלר. בעקבות זאת נקבע כי בויקיפדיה משתמשים בלתי רשומים לא

באתרים ״רמקול״ ו״מיט פור מיט״ השיח בין המשתתפים לבין עצמם טעון פחות.[222] משתמש (או ניזוק פנימי לענייננו) המבקש להשיג על חוות דעת יכול לכתוב חוות דעת מנוגדת, או להגיב לחוות הדעת באמצעות מנגנון שיחה. הטרוגניות הקבוצה ועצמאותה מאפשרים התמודדות עם ביטוי משמיץ באמצעות ביטוי נוסף ותגובה מצד משתתפים נוספים. המידע נצבר בפלטפורמה אחת, יוצר תמונה מאוזנת ומקהה מעוקצה של פגיעה. בנוסף, אפשר לדווח על תכנים לא הולמים, כאשר יתכן והנהלת האתר תגיב לדיווח בהסרתם. כל אלה מנגנונים אשר מגנים על נפגע פנימי פוטנציאלי.

בנוסף, המודל של האתרים ״רמקול״ ו״מיט פור מיט״ כולל גם הוא הסדרה באמצעות ״חכמת ההמונים״. הטרוגניות המשתתפים מאפשרת משוב יעיל באמצעות מנגנוני הצבעה לחוות דעת. לצד כל שם משתמש מצוין מספר חוות הדעת שכתב ומספר האנשים שסומכים עליו, כך מתאפשר להעריך את משקלן. מנגנון שיחה המוטמע באתר מאפשר למשתמשים להגיב לחוות דעת ולהביע דעה על הגינותן.[223] מנגנונים אלו מגנים על האינטרס של הנפגע החיצוני ומשמרים את האובייקטיביות בשיח.[224]

נסכם כי בהקשר זה מאפייני השיח, עצמאות משתתפיו, הכוחות החברתיים הפועלים במסגרתו ומאפייני הפלטפורמה המקבצת אליה מכלול דעות לרוב יוצרים תנאים המאפשרים קיומו של שיח מאוזן המתאפיין בפוטנציאל הסדרה גבוה כלפי כל סוגי

יוכלו ליצור ערכים חדשים. במקרה שתואר לעיל נראה כי שמועה שקרית זו לא תוקנה קודם לכן משום שרק קומץ אנשים קראו ערך זה, הואיל וסייגנטלר לא היה דמות ציבורית. שם, בעמ׳ 137–138. כך, אם ערך לא תוקן באמצעות הסדרה פרטית הדבר עשוי להעיד שרק מעטים נחשפו לו והנזק לניזוק אינו גדול. בשל מאפייני השיח ההסדרה הפרטית במסגרתו יעילה. לראיה – הצלחתה של ויקיפדיה.

222 בשונה מוויקיפדיה, המנגנון איננו מאפשר לשנות מחוות דעת של משתמשים אחרים, ולכן הסיכוי לוונדליזם הוא אפסי.

223 נציין כי מעת לעת גם נותני שירותים מגיבים ויוצרים שיח עם המשתתפים. למשל, מצאנו ספקים המתרעמים על הגינות דירוג. לדוגמה: www.ramkol.co.il/viewForumMsg.php?msgId=15245, ולצדם ספקים שלוקחים את הדירוג השלילי לתשומת לבם ומציעים לפצות את הנפגע. ראו תגובתו של בעל המסעדה ״שועל מסעדות ותיק״ www.ramkol.co.il/viewForumMsg.php?msgId=13695#frev. בנוסף האתר מאפשר לדווח על תוכן בעייתי ובלתי הולם בלחיצת כפתור, או להגיב על תכנים במסגרת שיחה על חוות דעת. מצאנו למשל מקרים שבהם במסגרת שיחה על חוות דעת משתמשים חשפו חוות דעת ״מטעם״ ופעלו להסרת הדירוג. כך המשתתפים שותפים לאכיפת הנורמות: www.ramkol.co.il/viewForumMsg.php?msgId=18893#frev.

224 לדוגמה: www.ramkol.co.il/viewForumMsg.php?msgId=81. משתמשת קבועה העירה למשתמש חד־פעמי על בחירתו לכתוב אך ורק על בר המשקאות בחתונתו מכל ספקי החתונה. המשתמשת העירה כי מתחתן שבוחר לנהוג כך וכותב דירוג חיובי לספק אחד מכל ספקי החתונה מותיר רושם כי מדובר בפרסומת ולא בדירוג אמתי.

nevo.co.il

הניזוקים.[225] תנאים אלו מקהים מעוקצו של החשש לפגיעה בחופש הביטוי של הנפגע ומן החשש להדרת ביטויים מן השיח. אנו סבורים כי לרוב די בכוחות אלו כדי להסדיר את השיח באשר לניזוקים השונים ולהקטין במידה רבה את הפוטנציאל הגבוה לנזקים ניכרים אשר הפלטפורמה יכולה ליצור. משכך ראוי לפטור את הספק מאחריות הדין הפורמלי לנזקי לשון הרע בשיח זה, ובכך לקדם הלכה למעשה ״שוק רעיונות״ עשיר ולהביא למימוש מרבי של הזכות לחופש ביטוי בהקשר מקוון זה.

מסקנות אלו באשר למשטר ההסדרה הראוי תקפות גם כאשר התנועה באתר נמוכה ונכללות בו דעות מעטות, מצב דברים המחליש לכאורה את כוחה של ההסדרה הפרטית להקהות מעוקצו של הנזק. אין להשליך ישירות ממיעוט הדעות בשיח ל(היעדר) פוטנציאל להסדרת נזקי השיח (לפחות מעבר לסף מינימלי של שיח).[226] מלבד זאת המסקנה בדבר עדיפות משטר פטור בהקשר מקוון זה מתחזקת גם לנוכח ההשלכות הפוטנציאליות הקשות שיהיו לחיוב באחריות על איכות המוצר הכולל, מטרות השיח וקידום שוק רעיונות עשיר במסגרתו שעשויים להיפגע במשטרי הסדרה מחמירים יותר. לפיכך משטר

225 מסקנה זו תקפה גם במצבים שבמסגרתם החלת המודל אינה מספקת מענה מלא לנזקי הנפגע. אכן, אנו מכירים בכך שבמצבים מסוימים הדינמיקות האמורות לא תתרחשנה ונזקו של הנפגע לא יוקהה. זאת, כאשר חולף זמן עד התיקון, או כאשר רק הניזוק יכול להפריך את טענות המזיק, ואין בכוחה של דינמיקה חברתית להוביל לתיקון הטעות. אנו סבורים כי גם במצבים אלו משטר פטור עדיין עדיף מן החלופה של אחריות ספק, שכן גם לספק אין כלים להכריע בשאלה אם הדברים מצמיחים עוולת ביטוי. לכן אחריות הספק בהקשר מקוון זה לא תוביל לתוצאה יעילה ואף תוביל להסדרת־יתר מצדו. מסיבות אלו, גם בהקשרים הנדונים בהערה זו, החלופה של פטור לספק עדיפה על פני משטרי אחריות אחרים.

226 אנו סבורים כי מיעוט משתתפים לא בהכרח פוגע ביסוד ההטרוגניות ובאפשרות לתגובות מאזנות, למעט מקרי קיצון אשר בהם השיח לא ישתייך כלל לקטגוריה זו אלא יהיה ״שיח בסגנון חופשי״. יצוין, כפי שהסברנו לעיל, כי בהקשר מקוון זה הבחנה זו (בין מצבים שבהם יש או אין מיעוט משתתפים) לא תהיה בעלת השלכות משפטיות ברוב המקרים. זאת, היות שהמלצנו לעיל כי אין להטיל אחריות על הספק גם במצבים של ״שיח בסגנון חופשי״. אחת הסיבות המרכזיות לטענתנו זו (אשר בהחלט נוגדת את האינטואיציה הראשונית בהקשר שלפנינו – שכן על פני הדברים מצב של מיעוט משתמשים נראה כשונה בתכלית), היא שמיעוט תגובות מוביל גם **להקטנת** ההסתמכות על האמור במסגרות אלו ולפיכך להקטנת פוטנציאל הנזק לנפגע. אין דומה השפעת ביקורת שלילית אחת שנותרת ללא תיקון לביקורות שליליות רבות הנותרות ללא תיקון. בנוסף, מיעוט דוגמאות עשוי להיות אינדיקציה למיעוט קוראים ולמיעוט חשיפה לביטוי המעוול. ראו לעניין זה גם לעיל ה״ש 221 לעניין אי־תיקון בויקיפדיה. יצוין שאף במקרה של חשיפה למידע על ידי צדדים החיצוניים לשיח (אשר מגיעים לדברים הנאמרים במסגרות אלו באמצעות הפניה של מנוע חיפוש) יש לתת משקל להיבטים אלו. אף צדדים חיצוניים אלו ידעו להמעיט בחשיבות דברים (שליליים ככל שיהיו) אשר נאמרו בשיח אשר מעטים בו הביטויים.

פטור לספק בהקשר מקוון זה הוא נקודת איזון ראויה מנקודות האיזון שמתווים משטרי הסדרה אחרים.[227]

(ג) שיח לדיון והבניית קהילות

בחינת המרכיבים המשפיעים על פוטנציאל הפגיעה בהקשר זה מלמדים כי **פוטנציאל הפגיעה** גבוה, בעיקר בשל הקשרים החזקים הנרקמים בין המשתמשים. **סוג המידע** ששיח זה יעיל בהפצתו חורג מאמירות שטחיות. השיח עשוי להתפתח, עם הזמן, לדיון מעמיק ואישי ולצבור פרטים לכדי מידע מורכב. **קהל היעד** לביטוי הוא קהל מסוים של שחקנים חוזרים המפתחים דיונים בינם לבין עצמם. בשל הומוגניות המשתתפים הדעות בשיח עשויות להתאפיין באחידות,[228] וההסתברות להשמצה המונית ונמשכת של קבוצה כלפי נפגע יחיד גוברת. ההיבט הכמותי מגביר את עוצמת זרימת המידע המשמיץ והיקפו. בנוסף, חוזק הקשרים בשיח ומבנהו ההיררכי עשויים ליצור לחץ חברתי[229] ודינמיקה קבוצתית שתגדיל את היקף זרימת הביטוי, תקצין אותו ותגדיל את נזקו הפוטנציאלי.[230] כמו כן **אמינות הביטוי** בהקשר שיח זה גבוהה. קשרים חזקים וההקשר של שיח נמשך בין שחקנים חוזרים הצוברים מוניטין מגבירים את אמינותו ביחס לשיח אנונימי, שאינו נמשך.[231] כל הגורמים הללו עשויים להוביל לפגיעות קשות ביחידים עקב המידע אשר מופץ במסגרות אלו.

נזקו של **הניזוק הפנימי** מהפרת נורמות שיח נאותות והשמצות עשוי להיות רב.[232] גם בהתעלם מהפוטנציאל להשתלחות המונית של קבוצה כלפי יחיד, בשל חוזק הקשרים והקהל שבפניו מובעת ההשמצה, הפגיעה הרגשית של ניזוק פנימי בשיח מסוג זה עשויה

227 משטר שונה מפטור עשוי להוביל ל״אפקט מצנן״ וכך למחיקת ביטויים מיד לאחר קבלת תלונה אף אם ביטויים אלו אינם משמיצים. לספק אין כלים לקבוע אם הביטויים שקריים או נכונים, ומשיקולי זהירות עשוי למחוק את הדברים מחשש לתביעה. תוצאה זו קשה במיוחד בשיח לייצור קבוצתי, שמטרתו לצבור מכלול ביטויים למוצר מורכב.

228 להגדרת מצב זה כ״תא הד״ ראו SUNSTEIN, INFOTOPIA, לעיל ה״ש 148, בעמ׳ 9. אישור אשר משתתפים מקבלים מחבריהם לשיח גורם התקפות עצמתיות יותר גם ברמת ההשמצה הבודדת. השתייכות קבוצתית גורמת למשתתפים לא לראות עצמם אינדיווידואלים מובחנים ולאבד חוש אחריות לפעילותם: Tom Postmes & Russel Spears, *Deindividuation and Antinormative Behavior: A Meta-Analysis*, 123 PSYCHOLOGICAL BULL. 238, 254 (1998).

229 SUNSTEIN, INFOTOPIA, לעיל ה״ש 148, בעמ׳ 88–92; SUNSTEIN, ON RUMORS, לעיל ה״ש 185, בעמ׳ 21–27.

230 ראו SUNSTEIN, INFOTOPIA, לעיל ה״ש 148, בעמ׳ 65–96 וראו גם Grimmelmann,לעיל ה״ש 170, בעמ׳ 1177.

231 Strahilevitz, *Privacy*, לעיל ה״ש 108, בעמ׳ 964. מידע שמופץ דרך קשר חזק מתפשט לאט יותר אך נתפס כמדויק ואמין.

232 ראו לדוגמה עניין **בורוכוב**, לעיל ה״ש 40.

להיות חזקה מפגיעתו של ניזוק פנימי בסוגי שיח אחרים.[233] רוב משתתפי השיח הם שחקנים חוזרים. פגיעה בניזוק זה עשויה להצטבר, להיות נמשכת ולפגוע במוניטין שלו ובמעמדו בקרב המשתתפים. אולם בשל שליטתו של הניזוק הפנימי באופן השתקפות האישיות שלו ברשת, עומדת לו האפשרות אקס אנטה להשתמש בפרסונת רשת ייחודית, לא להזדהות בשמו ולצמצם חשיפתו לפגיעה בהקשר הפנים־קבוצתי. יכולת זו להימנע מהזדהות מלאה היא שיקול מדיניות שלא לאפשר סעד כאשר משתמש בחר לחשוף את זהותו מרצון ובמודע. במילים אחרות, במקרה זה הסתכן המשתמש מרצון.[234]

נציין כי חריג לכלל זה הן רשתות חברתיות שבמסגרתן משתתפים נוהגים להזדהות בזהותם האמתית. חלקן (כגון פייסבוק) אף מחייבות זאת כחלק מתנאי השימוש.[235] על פני הדברים אפשר לטעון כי נדרש איזון שונה לקבוצת ספקים זו בבואנו לקבוע כללי אחריות. אולם לא כך הדבר. כאשר הנוהג והכלל באתר המדובר הוא הזדהות בזהות האמתית הן מצד הדובר והן מצד הנפגע – יוכל הנתבע לתבוע את המזיק עצמו בקלות רבה יותר, ובכך הרציונלים לאחריות הספק נחלשים.[236] כאשר מזיק משתמש בזהות

233 בשיח לדיון והבניית קהילות השמצת הניזוק הפנימי היא בפני משתתפים שלנפגע קשרים עמם, ולכן פגיעתו חמורה יותר. בהקשר זה יש אף שסברו כי פרסום לשון הרע על אדם בפני חוג חבריו חמורה מפרסום בין זרים. לעומת זאת יש המחזיקים בדעה מנוגדת ולפיה בהקשר הקבוצתי הפגיעה פחותה כי הקבוצה כולה נחשבת לישות אחת. עוד הוסיפו כי כאשר אין אפשרות סבירה שהביטוי יצא מן ההקשר הקבוצתי, ההתבטאות דומה למונולוג, ויסודות האחריות בלשון הרע אינם מתקיימים. לסקירת הדעות השונות ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 356–357.

234 אפשר לטעון בנקודה זו כי התחשבות המודל המשפטי ביכולת הניזוק הפוטנציאלי לשלוט בפרסונת הרשת שלו ולהסתיר את זהותו האמתית מעבירה מסר נורמטיבי שלפיו חשיפת זהות אמתית אינה רצויה. מסקנה אפשרית העולה מניתוח נקודה זו היא כי כלל משפטי כאמור מעודד תרבות אנונימיות ברשת. מסר זה עשוי להיחשב בעייתי; הוא מעודד את הציבור לבחור בתצורת שיח המאפשרת עקיפה של הצורך לפעולה לפי מוסכמות חברתיות וכפיפות לנורמות מוסכמות. בכך השיח עשוי להפוך לאגרסיבי ופוגעני, וכל זאת בעידודו של הדין. אולם למרות תוצאה זו איננו רואים פסול בכלל המשפטי האמור וגם לא בתוצאותיו. לאנונימיות בהקשר זה השלכות חיוביות רבות. אנונימיות מאפשרת לצמצם סיכונים ולהגן על ביטחון המשתמשים וכן לצמצם נזקיהם הפוטנציאליים מעוולות ביטוי. בנוסף היא מאפשרת גילוי עצמי. הסתרת הזהות האמתית לא בהכרח פוגעת בתרבות השיח לנוכח האפשרות הרווחת לשימוש בזהות פסידונימית. במקרים אלו הנורמות החברתיות מושתתות על שחקנים חוזרים אשר המוניטין שלהם באותו פסידונים חשוב להם ויגרום שיתאימו את התנהגותם לנורמות החברתיות הרלוונטיות.

235 ראו לדוגמה תנאי השימוש בפייסבוק בעברית תחת הכותרת הרביעית, ״הרשמה ובטיחות חשבון״: www.facebook.com/legal/terms?ref=pf.

236 ראו בהקשר זה ק״פ (שלום חי׳) 08-1002 **פלונית נ׳ פלוני** (פורסם בנבו, 7.6.2010), שבו פסק בית המשפט לניזוקה (חיצונית לשיח) בפייסבוק פיצוי מאת המזיק הישיר. בעניינו המטרה המרכזית בהסדרת אחריות הספק היא יצירת תשתית טכנולוגית וחברתית להעברת מידע ועידוד השיח. משיקולים אלו כאשר האפשרות לתביעת המזיק הישיר מעשית, האפשרות של פיצוי מאת המעוול

בדויה ברשת חברתית ומשמיץ נפגע מזוהה, עומדת לנפגע האפשרות לסעד אחר – הוא יכול לדווח לספק על הפרת תנאי השימוש. הדבר, קרוב לוודאי, יוביל לחסימת חשבון המזיק ואולי אף למחיקת תכניו.[237] עם זאת מסגרת זו של רשת חברתית המחייבת הזדהות מצדיקה בכל זאת שינוי מסוים בדין, אם הניזוק זוכה בתביעה נגד המזיק הישיר ומבקש מהספק להסיר את התכנים הפוגעניים לאור פסק הדין. בנקודה זו אנו סבורים כי ראוי לאמץ נקודת איזון שונה ולהטיל על הספק אחריות להסרת התכנים אף אם לא היה צד לתביעה.

נזקו של **הניזוק החיצוני** עשוי להיות חמור בהרבה. הקשר קבוצתי הומוגני שההסתברות לקשרים הדוקים בו גבוהה, עשוי להשפיע על התנהגות המשתתפים, להוביל לשנאת הזר, שאינו משתייך לקבוצה, ולאדישות מוסרית כלפיו.[238] לפיכך הסתברות כי המשתתפים יאגדו כוחות ויגרמו ליחיד שמחוצה לה נזק מוגבר היא גבוהה. לצערנו, תופעות אלו התרחשו לא מעט פעמים.[239]

אך תהא זאת טעות לסיים את הדיון בדבר אחריות הספקים בהתבוננות בפוטנציאל הנזק בלבד – במיוחד בהקשר של שיח לדיון והבניית קהילות. בשיח מסוג זה קיימת הסתברות גבוהה ליצירת קשרים חזקים בין המשתתפים. קשרים אלו מביאים ליצירת מבנים חברתיים הומוגניים וללכידות קבוצתית. לפיכך הצלחת ההסדרה הפרטית עשויה להקהות בסופו של יום את פוטנציאל הנזק ולהשפיע על החלטות המדיניות בדבר משטר האחריות. אולם בהקשר זה בולט ההבדל בין ניזוק פנימי לחיצוני. יעילות ניסיונות הנפגע להביא לטיהור שמו וההסתברות כי משתתפי השיח יסייעו לתיקון הדברים שונים לחלוטין בין שני סוגי הניזוקים.

הישיר רצויה יותר מתביעת הספק (מזיק עקיף), המגלמת פוטנציאל לפגיעה במטרות ראויות של דיני הנזיקין הקיימות לצד המטרה של השבת הנזק. להרחבה ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה״ש 50, בעמ׳ 56–60.

237 כאשר מזיק לא מזוהה משמיץ נפגע מזוהה ברשת חברתית גם פוטנציאל חומרת הנזק עשוי להיות נמוך בגלל הדינמיקות והכוחות החברתיים שעליהם נעמוד בדיון בדבר קיומה של הסדרה פרטית יעילה (להלן ה״ש 240–247 והטקסט הצמוד להן). דינמיקות אלו יפעלו להסדרת נזקי הנפגע ויקהו מעוקצו של הנזק.

238 ראו Benkler, *Cooperation*, לעיל ה״ש 192; Samuel Bowles & Herbert Gintis, *Persistent Parochialism: Trust and Exclusion in Ethnic Networks*, 55 J. ECON. BEHAVIOR & ORG. 1 (2004).

239 כך לדוגמה בעניין **בושמין**, לעיל ה״ש 55, שם התאחדו משתתפי פורום זכויות בעלי חיים, יצאו במסכת הכפשות רבת עצמה ושפכו קיתונות נאצה נגד הנפגע, וטרינר הוד השרון. מנהלת הפורום הוסיפה שמן למדורה, וההשמצות הוסיפו לזרום. התוצאה הייתה פגיעה קשה בשמו של הנפגע. ראו בהקשר זה גם הדיון בעניין **פלונית**, לעיל ה״ש 236, שבו הורשע הנאשם בקובלנה פלילית בגין השמצות שליוו את תמונת המושמצת בפייסבוק. גם בעניין זה בשל המבנה הקבוצתי הביעו חבריו של הנאשם תמיכה בו.

באשר **לניזוק הפנימי** קיומם של קשרים חזקים יוצר מבנה קבוצתי הומוגני המתאפיין ביחסי קרבה נמשכים. מבנה זה יוצר זהות קבוצתית ומוביל לאמפתיה, לסולידריות ולנכונות רבה לשיתוף פעולה.[240] במסגרת המתאפיינת בקשרים אלו מתפתחות נורמות התנהגות מסדירות של הדדיות ואמון, המשמרות שליטה חברתית, ופעמים רבות יעילות הן מהסדרת הדין.[241] השיח, המתאפיין במשתתפים מגובשים ופעילים, מוסדר לרוב באמצעות נורמות התנהגות הנאכפות על ידי ותיקי המשתתפים וזוכות לציות מצד כלל המשתתפים בשל תחושת סולידריות, הזדהות עם הקהילה[242] וחשש מסנקצייה חברתית.[243] ניזוק פנימי, שהוא חלק מקבוצת המשתתפים, מודע לנורמות השיח ויכול לכלכל צעדיו כמתבקש.[244] מודעות זו מאפשרת לו להחליט אם להשתתף בשיח, להתאים התנהגותו לנורמות הנהוגות בו ולנסות לטהר את שמו, או לפרוש ממנו וכך לצמצם פגיעתו.[245]

לעומת זאת **באשר לניזוק החיצוני** ההקשר הקבוצתי מוביל לתוצאה **הפוכה לחלוטין**. לא זו בלבד שהמשתתפים אינם מגישים לו סעד, אלא שחוזק הקשרים ביניהם מביא ליצירת זהות קבוצתית, מבודד אותם מצד חיצוני לשיח ומגביר השפעות של לחצים חברתיים. הקשר זה מגביר את הסיכוי כי המשתתפים יאגדו כוחות כאיש אחד נגד הניזוק החיצוני.[246] ההסתברות לתגובות מאזנות נמוכה והרושם שיותיר בקוראים יהיה

240 ראו בהקשר זה BENKLER, THE PENGUIN AND THE LEVIATHAN, לעיל ה״ש 190, פרק 4 בעמ׳ 89–92. בנקלר עמד על כך שהומוגניות מביאה לשיתוף פעולה מוגבר, וכי נכונותם של שחקנים לשתף פעולה עם הדומים להם רבה יותר.

241 ספרות ענפה מתארת הסדרה פרטית ופתרון סכסוכים יעיל המותאם באופן אופטימלי לצורכי הקבוצה, מחוץ למערכת המשפטית הפורמלית. חוזק הקשרים למעשה מבודד את המשתתפים מיתר העולם ומאפשר ניהול יעיל של קהילתם. באמצעות הסדרה פרטית בקהילות אלו נשמרות נורמות חברתיות המובילות למקסום רווחה מצרפית. ראו המחקרים המובאים לעיל בה״ש 188–189.
המוטיבציה להסדרת יחסים המתאפיינים בקשרים חזקים היא פנימית לשיח. תוספת מוטיבציה חיצונית במקרים אלו עשויה לדחוק מוטיבציה פנימית להסדרה. ראו לעיל ה״ש 190, 192 והמחקרים המאוזכרים שם.

242 BENKLER, THE PENGUIN AND THE LEVIATHAN, לעיל ה״ש 190, בעמ׳ 20.

243 משתתפי השיח הם שומרי סף ומתמודדים ביעילות עם איומים חיצוניים ופנימיים על קיומו. ברזילי־נהון וברזילי, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 506, הביאו דוגמאות לאכיפת נורמות חברתיות שנועדו לשמור על עצמאות הקהילה כמפורט בה״ש 201. לראיה, במסגרת פורומים מקוונים נמחקים רק כ־5% מן ההודעות, בניגוד למחיקת תגובות שלעתים שיעורה כ־50%. ראו ז׳רסקי ״שקיפות בסינון תכנים״, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 137.

244 ראו לעיל ה״ש 199.

245 ראו SUNSTEIN, GOING TO EXTREMES, לעיל ה״ש 202, בעמ׳ 44. המחבר מפנה ל־ ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATIONS, AND STATES (1970).

246 ראו בהרחבה בעניין זה המחקרים המובאים לעיל בה״ש 228–230.

שלילי באופן חד־צדדי. גם ההסתברות כי ניזוק זה יטהר את שמו באמצעות תגובה לביטוי נמוכה. ניזוק זה אינו חלק מן השיח, ואף אם ההשמצה מגיעה לידיעתו סמוך לפרסומה, בשל הדינמיקות הקבוצתיות, הוא ניצב יחיד מול רבים, אין עומדת בפניו אפשרות שוויונית ויעילה להשיב לביטוי. במקרה זה, עולה חשש כבד לזכויות הביטוי שלו. במילים אחרות, בנקודה זו מתגלה אזלת ידה של ההסדרה הפרטית.[247]

נסכם, כי נורמות התנהגות פנימיות, כללי משחק ברורים בין המשתתפים וחשש לסנקציות חברתיות מפחיתים את הסיכוי לפגיעה לא מבוקרת **בניזוק הפנימי**. כך, פוטנציאל ההסדרה הפרטית בעניינו מקהה מעוקצו של הנזק ומקטין את פוטנציאל הפגיעה בחופש הביטוי שלו. זאת ועוד, הניזוק הפנימי עצמו יכול לשלוט בפרסונת הרשת שלו ולצמצם את פוטנציאל נזקיו. בנוסף, הטלת אחריות על הספק להסיר תכנים עשויה להביאו לנקוט מדיניות זהירה מדי שתתבטא בהסרת תכנים שלא לצורך ותוביל לידי ״אפקט מצנן״. פגיעה זו עשויה להשליך על הכוחות החברתיים בשיח, לדחוק מוטיבציה פנימית מצד המשתתפים להסדרה ולפגוע בהסדרה פרטית ובאכיפה חברתית של נורמות.[248] לכן וכדי לשמר מוטיבציה פנימית להסדרה פרטית, ראוי לפטור את הספק מאחריות הדין הפורמלי לנזקיו.[249] עם זאת לניזוק עדיין עומדת אפשרות לתבוע את המזיק הישיר, ומקום שזו צלחה אנו סבורים כי יהא על הספק להסיר את הדברים לאור פסק הדין.

מנגד לעניין **ניזוק חיצוני** אשר עשוי להיפגע מהשמצות המשתתפים, מאפייני השיח מעלים חשש לפגיעה בחופש הביטוי שלו ולנזקי מוניטין כבדים. בשל ההקשרים החברתיים בין המשתתפים אין מקום לפטור גורף לספק. לפיכך יש להסדיר את אחריות הספק במסגרת משטר של ״הודעה והסרה״, בשל מאפייני המרחב המקוון, ריבוי מקורות אינפורמציה ותכנים, האפשרות לכל גולש להתבטא בחופשיות והעלויות והקשיים בפיקוח על תכנים רבים ומבוזרים. במשטר זה ייהנה הספק מ״נמל בטיחות״ ומוודאות יחסית כי אם יסיר את התכנים לאחר שנודע לו עליהם יהא פטור מאחריות. משטר זה מתאים יותר מהחלת משטר רשלנות.

247 דוגמה בולטת לאזלת ידה של ההסדרה הפרטית ראינו בעניין **בושמיץ**, לעיל ה״ש 55. משתתפי השיח פעלו כאיש אחד להכפשת שמו של הנפגע. איש לא טרח למתן את התגובות או לצאת חוצץ נגדן, וכך התקבלה תמונה חד־צדדית שאינה מאוזנת. דוגמאות נוספות לאזלת ידה של ההסדרה הפרטית הן קבוצות שנאה ברשתות החברתיות שהן כר פורה לפרסום דברי השמצה והסתה באין מפריע. ראו אושרת נגר־לויט ״נקמה ממוחשבת״ **ידיעות אחרונות** 25.5.2009, שם דווח כי תלמידים פתחו קבוצת שנאה בפייסבוק נגד מורתם.

248 אכיפה חברתית של נורמות להסדרה נובעת פעמים רבות מרצון לשמור על עצמאות הקהילה. ראו ברזילי־נהון וברזילי, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 506. פעולות הספק להסרת תכנים עשויות להתפרש כפגיעה בעצמאות הקהילה ולפגוע במוטיבציה פנימית להסדרה חברתית של המשתתפים.

249 ראו המחקרים המובאים לעיל בה״ש 192.

על פני הדברים וכעניין שבמדיניות החלת אחריות מכוח רשלנות בהקשר זה אפשרית, גם במצבים שבהם לא נתקבלה הודעה על תכנים מזיקים, אך כעניין נורמטיבי היה על הספק לצפות את הנזק ולמנוע אותו. ואולם, משטר כזה איננו רצוי. במשטר רשלנות הספק שרוי בעמימות משפטית באשר לסטנדרט הזהירות המצופה ממנו. העמימות עשויה להוביל לאסטרטגיה מתגוננת אשר תפגע פגיעה לא מידתית בזרימת מידע ובחופש הביטוי. לכן משטר הודעה והסרה הוא נקודת האיזון הראויה בין הגנה על הנפגע לבין רצון להימנע מ״אפקט מצנן״ על הביטוי.[250] אולם במקרים חריגים יהיה מקום להחלת משטר מחמיר יותר, מכוח עוולת הרשלנות. החלטה זו תתקבל מכוח הפסיקה במקרים אלו.[251]

להלן טבלה לסיכום עקרונות המודל המוצע, על הפרמטרים השונים שבבסיסו:

סוג השיח	חוזק קשרים	חומרת הנזק		פוטנציאל הסדרה פרטית		אחריות הספק	
		ניזוק פנימי	ניזוק חיצוני	ניזוק פנימי	ניזוק חיצוני	ניזוק פנימי	ניזוק חיצוני
סגנון חופשי	לכל היותר חלשים.	(-)	(-)	(+)	(+)	(-)	(-)
		נזק שולי, ביטוי לא מורכב, הטרוגניות, שחקנים חד-פעמיים, שיח לא אמין ורציני, שיח אנונימי, קוראים מעטים.	נזק שולי, ביטוי לא מורכב, הטרוגניות, שחקנים חד-פעמיים, שיח לא אמין ורציני, קוראים מעטים.	כוחות שוק, תרופה לביטוי בביטוי.	כוחות שוק, מגוון דעות, תרופה לביטוי בביטוי.	יש מקום לפטור את ספק התוכן.	יש מקום לפטור את ספק התוכן.

250 להשוואה ביקורתית מקיפה בין משטרי אחריות ראו הדיון לעיל, בחלק א.5 לרשימה זו.

251 ייתכן כי יש מקום לנקודת איזון שונה ולהחלת משטר רשלנות באשר לניזוק חיצוני בשיח לדיון והבניית קהילות, כאשר הביטוי מגלם פוטנציאל נזק גבוה ואינו מוקהה על ידי הסדרה פרטית יעילה. זאת במצבים שבהם הספק ניהל את הדיון, היה מודע לתכנים משמיצים מובהקים בפלטפורמה ולא פעל להסירם. ראו לדוגמה עניין **אברמוב**, לעיל ה״ש 55. כמו כן פעולת הספק כשחקן אקטיבי ועידוד לשון הרע, אף ללא מודעות לתוכן משמיץ קונקרטי, עשויה להוביל לסטייה מן הכללים שמתווה המודל ולהטלת אחריות אף מבלי שהספק קיבל הודעה על תכנים פוגעניים. במקרים אלו אחריות הספק אינה אחריות משנית עקיפה אלא אחריות תורמת, או ישירה, ואופייה השונה של האחריות מצריך כללים נפרדים. לעניין זה ראו עניין **רוטר.נט**, לעיל ה״ש 57, והחריגים שאוזכרו שם (פס׳ 54 ואילך) כחריגים לניתוח של פטור בהתקיים הודעה והסרה (פורום פסול וחריג העידוד, אף על פי שיצוין ששם דובר בהפרת זכויות יוצרים). אולם נקודה זו חורגת מיריעת רשימה זו.

ייצור קבוצתי	רוב הקשרים חלשים, בליבת השחקנים החוזרים גם בינוניים.	(+) פוטנציאל נזק נמוך/ בינוני, מידע מורכב, הטרוגניות, רוב שחקנים חד-פעמיים, שיח אמין. מנגד פרסונות רשת (הפגיעה איננה מופנית כלפי זהות אמתית, הנושא לא אישי).	(+) פוטנציאל נזק גבוה, צבירת מידע מורכב, הטרוגניות, רוב שחקנים חד-פעמיים, שיח אמין, ההשמצה כלפי זהותו האמתית של הניזוק.	(+) שיח הטרוגני ואיזון, יישוב סכסוך במנגנון רשמי או שיח לא רשמי, תחושת שותפות למיזם וקשרים בינוניים מגבירים פיקוח חברתי הדדי.	(+) הטרוגניות ומגוון מאזנים. תיקון על ידי משתתפים מנגנוני הכרה ומוניטין.	(-) יש מקום לפטור את ספק התוכן.	(-) יש מקום לפטור את ספק התוכן.
הבניית קהילות	פוטנציאל ליצירת קשרים בינוניים וחזקים	(+) פוטנציאל נזק גבוה יחסית, מידע מורכב, הומוגניות, שחקנים חוזרים, שיח אמין, פגיעה רגשית, נזק מוניטין. אולם אם משתמש בכינוי, הפגיעה לא תשתקף לעיני כול.	(+) פוטנציאל נזק גבוה, מידע מורכב, הומוגניות, שחקנים חוזרים, שיח אמין, התקפות המוניות, השפעות ידע ולחץ חברתי.	(+) נורמות הסדרה בקהילה, גבולות שיח ברורים, מודעות לכללי השיח.	(-) בשל חוזק הקשרים, מפלי ידע ולחץ חברתי הסדרה פרטית מגלה אזלת יד.	(+) יש מקום להטלת אחריות על הספק. בשים לב אל מגבלות הפיקוח ומאפייני המרחב המקוון לרוב תתמצה אחריותו במשטר הודעה והסרה.	(-) יש מקום לפטור את ספק התוכן.

3. המודל החדש והדין הקיים – על פערים וגישורם

המודל שהוצג מתאפיין במורכבות ומבקש להתוות משטרי אחריות שונים לספק התוכן לפי ההקשר המקוון. כללי אחריות אלו מבוססים על איזון בין סוג הנזק, פוטנציאל ההסדרה הפרטית ואופי הניזוק בכל סוג וסוג של שיח. איזונים אלו אף משיאים ערך מוסף בהביאם למימוש מרבי של הזכות לחופש ביטוי. ככלל המודל נמנע מהטלת הגבלות על ספק התוכן ומקדם כניסה חופשית של דוברים וביטויים לשיח (כך כאשר פוטנציאל חומרת הנזק נמוך, או מוקהה על ידי הסדרה פרטית יעילה). עם זאת כאשר אין בכוחה של הסדרה פרטית להפחית מחומרת הנזק וסוג השיח יוצר תנאים המאפשרים לפגוע בחופש הביטוי של הניזוק, המודל חותר לסייע לצמצום הפגיעה בזכויותיו.

ראוי כי המודל האמור יוטמע בהסדרה שיפוטית, באמצעות דיני הנזיקין הכלליים והפרטניים (לרבות חקיקת דיני לשון הרע) ותוך הסתמכות על הקטגוריות והכללים שהוצעו לעיל. זאת משום שהטמעת המודל באמצעות דבר חקיקה תהיה משימה קשה, אם לא בלתי אפשרית.[252] הטמעת המודל הפרטיקולרי המוצע בחקיקה עשויה להוביל לקיבעון ומוחלטות סיווג, לקושי בניתוח מדויק של מצבים ולחוסר גמישות. החלת המודל באמצעות הפסיקה תאפשר גמישות והתאמה למציאות טכנולוגית משתנה. יישום מעין זה יאפשר לחברות וספקים הפועלים בזירה זו ליהנות מוודאות יחסית אשר תעלה מקביעות בית המשפט. אולם החלה בדרך זו תאפשר לבתי המשפט, במקרים המתאימים, לערוך התאמות במודל בשל שינויים חברתיים וטכנולוגיים. מלבד זאת בנסיבות מיוחדות יוכלו בתי המשפט לסטות מן המשטרים שהוא מתווה ולהקנות סעד לנפגע כנגד הספק, כאשר הוא חש כי נזקו כבד והתנהלות הספק פגומה (לדוגמה, כאשר הספק מעלים עיניו במכוון מנזק חמור מובהק, או כאשר הספק פועל כשחקן אקטיבי ומעודד ביטויים עוולתיים).[253]

לפיכך אין בהמלצתנו בהכרח משום קריאה למחוקק לבוא ולומר את דברו. אכן, כיום אין דבר חקיקה קונקרטי מחייב לעניין אחריותו של ספק התוכן. אולם אם לא יבחר המחוקק בחקיקה ספציפית בעניין, מרכיבים בחקיקה הקיימת מאפשרים את יישום המתווה שהוצע באמצעות פרשנות שתתאים להקשר המקוון במסגרת הגנות בדין. כך למשל הגנת ״מעשה של מה בכך״ בפקודת הנזיקין עשויה לשמש אכסניה לפטור לספק.[254] בנוסף, דיני לשון הרע כבר מאפשרים להתחשב בתצורת הרשת החברתית של

252 על עדיפותה של חקיקה שיפוטית על פני הסדר חקוק בסוגיה משיקה עמדו בהרחבה יצחק כהן ואמל ג׳בארין ״חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים באינטרנט – נקודת מבט מוסדית״ law.huji.ac.il/upload/amel.doc, וראו באופן כללי אהרן ברק ״עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים״ **מבחר כתבים** כרך א 181, 183 (2000).

253 להרחבה בעניין זה ראו לעיל ה״ש 251.

254 ס׳ 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. פרשנות מרחיבה להגנה עשויה לאפשר לפטור את הספק מאחריות לנזקי ביטוי הנובעים מהקשר מקוון של ״שיח בסגנון חופשי״.

המזיק והניזוק בשאלת הפיצויים. נראה כי אפשר לפרש דינים אלו בהרחבה באופן שיתחשבו בהקשרים חברתיים אלו גם בשאלת האחריות. כך יאפשרו ההסדרים הקיימים לפטור את הספק מאחריות בהקשרים המקוונים שעליהם המליץ המודל. הגנות ״תום לב״ בחוק איסור לשון הרע עשויות אף הן לשמש אכסניה לפטור זה ולאפשר את החלת המודל המוצע במסגרת הדין המצוי.[255]

נוסיף ונציין כי אם בעתיד יאומץ בכל זאת דבר חקיקה לעניין אחריות ספקי תוכן, אנו מציעים כי זה ינוסח בכלליות ויאפשר לבתי המשפט מרחב תמרון בשל שיקולים פרטיקולריים שמקורם במודל מקום שההקשר המקוון תומך בכך.[256]

במצב המצוי כיום הפסיקה המועטה בנושא אחריות הספק ללשון הרע התרכזה בערכאות הנמוכות. סקירת הפסיקה מגלה כי מקצת בתי המשפט אימצו את המשטר בהצעת החוק, מקצתם פטרו את הספק מאחריות, ומקצתם אימצו מדיניות מחמירה יותר. אולם על פי רוב לא העניקו די משקל לסוג השיח. להלן נדגים נקודה זו. נראה כי במרבית המקרים צדק בית המשפט בקביעתו הסופית. אולם הסתמכות על המודל המוצע כאן הייתה מעניקה לבית המשפט הנמקה משכנעת יותר ואף יוצרת עקיבות רבה יותר בפסיקה. בנוסף, למרבה הצער הימנעות משימוש במודל המוצע אפשר אף שתוביל את בתי המשפט לכדי טעות. אנו נסביר כיצד ראוי היה לבית המשפט לפסוק לפי המודל המוצע ואף נציין מקרים שבהם רמז בית המשפט לדרך ניתוח זו. אנו תקווה שימשיך במגמה זו בעתיד.

בעניין **סודרי**[257] פרסום משמיץ נגד התובע הועלה לאתר ״היידפארק״.[258] אתר זה אפשר לגולשים לקיים קבוצות דיון בסגנון חופשי.[259] הנפגע תבע את האתר בגין לשון הרע. התביעה נדחתה ונקבע כי על האיזון שבין כבוד האדם לחופש הביטוי להיערך תוך השוואת תוחלת הנזק לעלות המניעה.[260] לטעמנו, תוצאת פסק הדין הולמת. אולם מלבד

255 דיני לשון הרע מאפשרים להתחשב בתצורת הרשת החברתית של המזיק והניזוק ובהקשרים החברתיים שבהם זורם מידע בשאלת הפיצויים. ראו לעיל ה״ש 116. לעניין הגנת תום הלב בלשון הרע ראו ס׳ 15 לחוק איסור לשון הרע. לדוגמה, פרשנות מרחיבה לס׳ 15(6) לחוק המקנה הגנה להבעת דעה על יצירות ופעולות בפומבי עשויה לאפשר פטור לספק באשר לביטוי בהקשר של ״שיח לייצור קבוצתי״.

256 לדוגמה – אם יאומץ משטר הודעה והסרה כברירת מחדל בחוק, אנו ממליצים כי יהיה אפשר לסטות ממשטר זה בכפוף להנמקה. אפשרות אחרת היא כי החוק ימנה רשימה בלתי סגורה של הקשרים מקוונים או סוגי פלטפורמות שבמסגרתם יהיה אפשר לסטות מברירת המחדל.

257 עניין **סודרי**, לעיל ה״ש 52.

258 www.hydepark.co.il/index.asp?view=Recommend.

259 ראו תקנון הייד פארק: ״מערכת הפורומים של הייד פארק הינה במה להבעת דעה בכל נושא. המערכת מעמידה את הפורומים לרשות הגולשים כיוון שהיא רואה בה במת נאומים חופשית בסגנון ״הייד פארק״, וכל זאת ללא פיקוח או התערבות של המערכת״ www.hydepark.co.il/register.asp.

260 עניין **סודרי**, לעיל ה״ש 52, פס׳ 25 לפסק הדין.

השיקולים מתחום הניתוח הכלכלי היה מקום לדון גם בסוג השיח (שנערך בסגנון חופשי והתאפיין, לכל היותר, בקשרים רופפים), בהשלכות סוג הקשרים בשיח על זרימת המידע, בפוטנציאל הנמוך של ביטוי במסגרתו לגרום לנזק ובאפשרויות ההסדרה הפרטית הנרחבות.

בעניין **בושמיץ**[261] ניהלה הנתבעת פורום לזכויות בעלי חיים. משתתפי הפורום פרסמו דברי נאצה קשים והכפישו את שמו של התובע. מנהלת הפורום לא מחקה דברים אלו ואף פרסמה בעצמה לשון הרע על אודותיו.[262] התביעה כוונה כלפי מנהלת הפורום ישירות, אולם יש בדיון באחריותה דמיון לאחריות הספק בסוגיית אי־הסרת ביטויי לשון הרע מן השיח. הדיון באחריות התמקד בביטויים כשלעצמם ובהגנות בחוק איסור לשון הרע. בסופו חייב בית המשפט את הנתבעת באחריות ישירה בלשון הרע באשר לפרסומים שפרסמה, ובאחריות מכוח עוולת הרשלנות בגין הימנעות מהסרת לשון הרע שהפיצו המשתתפים. זאת מבלי להסביר את הייחוד שבמסגרת המקוונת שבה התנהל הדיון. גם כאן תוצאת פסק הדין נראית הולמת. אולם הנמקה על סמך המודל המוצע הייתה מחזקת את האמור בו. חוזק הקשרים בין משתתפי הפורום והמבנים החברתיים שנוצרו במסגרתו הובילו להתאגדות קבוצת המשתתפים כאיש אחד נגד הנפגע ולהגברת היקף נזקיו. במאפיינים אלו היה גם כדי להפחית את הסיכוי לתגובות מאזנות ולהסדרה פרטית שתקהה מעוקצו של הנזק. היה אפשר אפוא לחדד את ההנמקה בהתייחסות לסביבת הביטוי ולהשלכות מאפייני השיח (לדיון והבניית קהילות) על זרימת המידע, חומרת הנזק והפוטנציאל הנמוך להסדרה פרטית במסגרתו. בדומה למתואר לעיל, גם פסיקה אחרת התעלמה מחשיבות השפעת ההקשרים החברתיים על הביטוי.[263]

261 עניין **בושמיץ**, לעיל ה״ש 55.

262 מודעות מנהלת הפורום להשמצות הוסקה מהסרת רשומות מתריסות אחרות, מפגיעה של כותבי הפורום אלה באלה ומפרסומים שכינתה ״הודעות הצפה״.

263 בעניין **אברמוב**, לעיל ה״ש 55, חויב בעל אתר ברשלנות משום שלא מחק פרסום לשון הרע באתרו אף שהיה מודע לו. גם בפסק דין זה לא נערך דיון בקשרים שנרקמו בין משתתפי השיח, בהשפעתם על זרימת המידע ואמינות הביטוי ולא נערכה הבחנה בין שיח זה (לדיון והבניית קהילות) לסוגי שיח אחרים. התייחסות לסוג הקשרים בפלטפורמה זו ולהשפעתם על זרימת המידע היה בה כדי לשפוך אור על חיוב הספק באחריות.
אדישות לסוג השיח מצאנו גם בעניין משיק שלא עסק ישירות באחריות הספק, אולם עשוי להשליך על אחריותו במקרים דומים. ראו ת״א (שלום ת״א) 15145-07 **גלורי היכל התהילה בע״מ נ׳ דרוקמן** (פורסם בנבו, 18.11.2009). באותו עניין לא דן בית המשפט כלל בהבדלים שבין סוגי אתרים שונים שבמסגרתם הובעו ההשמצות וחייב באחריות עורך בויקיפדיה באשר לפעילות במסגרת הליך בוועדת הבוררות שתכליתו לתקן טעויות, מבלי לדון בהקשר פעילותו בויקיפדיה. הליך הבוררות נועד לתקן מידע לא מדויק ולהסדיר את השיח. התייחסות לסוג השיח בויקיפדיה ולמהות תפקיד העורך הייתה מובילה לטעמנו לתוצאה שונה.

מנגד מצאנו פסיקה מבורכת, שבמסגרתה גילה בית המשפט רגישות אגבית לשיח. בעניין **דיסקין**[264] הושמץ התובע בתגוביות, ולמרות הסרתן בחר לתבוע את האתר בעילת לשון הרע, ואף טען באופן משני לרשלנות האתר. בית המשפט סבר כי במסגרת בחינת הגנות וסעד ראוי לבחון את מאפייניי התגובית ולנקוט בעניינה גמישות רבה מזו שבעניין ביטוי במסגרת שמאפייניה שונים.[265] בהנמקתו גילה בית המשפט רגישות לשיח, התייחס לסביבת הביטוי וערך הבחנה מבדלת בין סוג השיח המאפיין תגוביות לסוגי שיח אחרים. בהבחנה זו התייחס בית המשפט ללשון הבוטה,[266] לאנונימיות, לשפה הנהוגה בשיח זה ולריבוי תגובות המחליש את פומביות התגובה הבודדת. כמו כן התייחס בית המשפט להקשר הקבוצתי של הנפגע ולעובדה שנפגע זה היה פנימי לשיח והשיב לפגיעה, כשיקול בבחינת אחריות הספק. כך למעשה בבוא בית המשפט להכריע את הדין הוא שקל בדרך אגב את פוטנציאל חומרת הנזק מול אפשרויות ההסדרה הפרטית לאור מאפייניי השיח (בסגנון חופשי) וסוג הניזוק (פנימי לשיח). בחינת מאפיינים אלו הייתה בסיס איתן לתוצאת פסק הדין הראויה – דחיית התביעה נגד ספק התוכן.

צעד נוסף לכיוון הבחנה בין סוגי שיח נעשה בעניין **וינטרוב**.[267] באותה פרשה הושמצו התובעים בתגוביות לכתבה שפורסמה באתר העיתון ״גלובס״. הנפגעים בחרו לתבוע את האתר בגין תגוביות אלו בעילות לשון הרע ורשלנות. בית המשפט הבדיל בין הקשרי שיח שונים לצורך תחולת סעיף 11 לחוק לאיסור לשון הרע על האינטרנט. בהנמקתו מצאנו חלחול של שיקולים מתחום סוג השיח והבחנה בין תגוביות לסוגי שיח אחרים. לשם עריכת הבחנה מבדלת התייחס בית המשפט לספונטניות ולהיעדר ארגון ויד מכוונת המאפיינים את שיח התגוביות ומבדילים אותן מן החלק העיתונאי. הבחנות אלו תומכות בהסדרה פרטיקולרית לפי המאפיינים החברתיים שפירטנו, ובהתחשב בהן דחה בית המשפט את התביעה והביא לתוצאה ראויה.

לבסוף, בעניין **דוביצקי**,[268] תמונת התובע ומספר הטלפון שלו פורסמו באתר היכרויות תחת הכותרת ״מעוניין בקטינות להיכרות משעשעת״. האתר חויב באחריות מכוח עוולת הרשלנות אף על פי שהסיר את הפרסום בעקבות תלונת התובע. נקבע כי פרסום כוזב באתר היכרויות חמור מפגיעה בשמו הטוב של אדם, בתגובית או בפורום אינטרנטי. בית המשפט נימק כי באתר היכרויות מתפרסמת תמונה לצד הנתונים הכוזבים, ולמעשה אופן הפרסום מביא את הקורא לחשוב כי לפניו פרסום עובדתי שמושא הפרסום עומד מאחוריו. לעומת זאת הקורא את דבריו של תגובן (כותב התגובית), יכול להבין כי לפניו עמדה ביקורתית כלפי מושא הפרסום ולמקם ביקורת זו, נכונה אם לאו, בהקשר

264 ראו עניין **דיסקין**, לעיל ה״ש 47.
265 שם, פס׳ 118 ו־122 לפסק הדין.
266 שם, פס׳ 122 לפסק הדין.
267 ראו עניין **וינטרוב**, לעיל ה״ש 49.
268 עניין **דוביצקי**, לעיל ה״ש 54.

נכונה אם לאו, בהקשר המתאים.[269] הנמקה זו מתחשבת באמינות המיוחסת לביטויים בסוגי שיח שונים ובהשפעתה על פוטנציאל הנזק, והיא תחילת הדרך לעיצוב ראוי של הדין. בדרך זו הלכה גם פסיקה נוספת.[270] אולם המודל המוצע מתווה דרך מפורטת ושיטתית יותר להתמודדות עם שאלות אלו.

האינטואיציה השיפוטית מובילה את בתי המשפט להבין כי קיים הבדל בין ההקשרים השונים. אולם עדיין מיוחסת חשיבות רבה לפריסת משנה סדורה המסבירה כיצד ראוי להבחין בין הקשרים אלו בזירת האינטרנט בשעה שבאים לדון באחריות לעוולות ביטוי. הפסיקה חסרה הנמקה שיטתית וקוהרנטית בשאלת אחריות הספק, ולא ניתן די משקל לסוג השיח במסגרתה. היעדר שיטתיות ועקיבות מוביל לחוסר ודאות – תוצאה זו אינה ראויה ואינה רצויה. כדי להביא לתיקון מצב זה אנו סבורים כי על בית המשפט להניח את כובד המשקל על סוג השיח, על זרימת המידע במסגרתו ועל הקשרים שבין משתתפיו.

4. ביקורות אפשריות על המודל והמתודולוגיה

המודל מציע לפטור את ספקי התוכן מאחריות ללשון הרע כשמדובר בשיח בסגנון חופשי ובשיח לייצור קבוצתי. באשר לשיח להבניית קהילות מוצע לפטור את הספק כשמדובר בניזוק הפנימי, אולם באשר לניזוק החיצוני מוצע להתוות משטר פטור מותנה, או במקרים נדירים – אחריות נרחבת יותר מכוח עוולת הרשלנות.[271] המהלך אשר הוביל להמלצה זו איננו נקי משאלות. נבחן עתה ארבע ביקורות אפשריות.

ראשית, המודל המוצע מעורר חשש כי הוא ישפיע על התפתחות מיזמים בעידן הדיגיטלי. כדי למזער את סיכוניהם יבחרו יזמים למקד את פעילותם בשיח בסגנון חופשי ובשיח לייצור קבוצתי שבמסגרתם השיח פטור מאחריות, ויימנעו משיח לדיון והבניית קהילות.

תוצאה מעין זו איננה רצויה בשל חשיבות שיח זה לחיי חברה עשירים ולמשטר דמוקרטי. אולם החשש שכלל אחריות כאמור לעיל יוביל לתוצאה זו איננו מבוסס. זאת בשל שיקולים עסקיים בבסיס תפעול אתרי אינטרנט. רוב האתרים מונחים על ידי שיקולים כלכליים, ומרבית רווחיהם נגזרים מפרסומות.[272] אתרים המתאפיינים בשיח

269 הבחנה זו בין ביטוי בתגובית לביטוי באתר היכרויות לא נסתרה בפסק דינו של בית המשפט העליון בערעור על גובה הנזק ברע״א **דוביצקי**, שם, פס׳ ח לפסק הדין.

270 ראו עניין **כנען**, לעיל ה״ש 101. באותו עניין פורסם דיווח על חוויה צרכנית שלילית במסגרת פורום רחב. הדיווח לא הוסר עם קבלת תלונה בעניינה אלא רק מאוחר יותר. נפסק כי האדם הסביר עשוי לראות בביטוי הבעת דעה צרכנית לגיטימית על פי מהותם והקשרם של הדברים. כמו כן צוין כי לביטוי בשיח זה משקל מופחת. בעקבות שיקולים אלו פטר בית המשפט את הספק מאחריות.

271 להרחבה בעניין זה ראו לעיל ה״ש 251.

272 אתרים שואפים שתוכניהם יביאו לרווחי פרסום. כיום הטכנולוגיה מאפשרת למפרסמים לדעת כמה עיניים (eyeballs) צפו בפרסומת. אפשר למקד את הפרסומות בנושאי דיון או כתבות באתר, או אף

לדיון והבניית קהילות הם אבן שואבת למשתמשים רבים (בשל צורך חברתי ביצירת קשר, השתתפות ודיון נמשך), השיח במסגרתם נמשך לאורך זמן ומתאפיין במשתמשים הומוגניים וקבועים המתעניינים בנושאים מוגדרים. מפרסמים יכולים לנצל מאפיינים אלו לשירותם וישלמו פרמיה בעבור פרסום במסגרות הללו. לנוכח פוטנציאל מוגבר לרווחי הפרסום יגלה הספק נכונות לחשוף עצמו לסיכון האחריות ולהשקיע משאבים בטיפול בתלונות ולא להימנע משיח זה. הניתוח איננו תקף לעניין אתרים אשר אינם מסחריים. אך ייתכן שמתכנני אתרים אשר מונעים על ידי אידאולוגיה לא יתפשרו על אופיים לנוכח החשיפה המוגבלת לאחריות שמתווה המודל.[273] אולם אם יימצא כי משטר האחריות פוגע ביוזמות מעין אלו, יתכן כי יש לשקול יצירת חריג למודל ולפטור מאחריות אתרים בלתי מסחריים הפונים לקהל מצומצם.[274]

שנית, אפשר לטעון כי פטור נרחב לספקים איננו רצוי, שכן הדבר ישפיע לרעה על אופי השיח בשדה המקוון. על פי טענה זו, המצב המשפטי הנוכחי, אשר יוצר עמימות משפטית באשר לחובות הספקים בגין ביטויים המופיעים באתריהם, מתמרץ ספקים לפעול בדרך המקדמת שיח ראוי ובלתי פוגעני ברשת. לדוגמה, אתרים רבים נוהגים על פי משטר ״הודעה והסרה״[275] אף על פי שספק אם מוטלת עליהם חובה לעשות כן. שינוי המצב המשפטי על פי הדרך המוצעת יוביל להפסקת פעולות אלו.

לטעמנו אין מקום לחשש זה. במקרים רבים המניע להסדרת אתרים וולונטרית על ידי הספקים הוא כלכלי ולא משפטי. במילים אחרות: ספקים פועלים משיקולים עסקיים כלכליים אשר תומכים במעורבות בהסדרה פרטית כדי ליצור סביבת ביטוי נעימה, להגביר את כוח המשיכה של הפלטפורמה ואף לשמור על המוניטין שלה כרצינית ומכובדת.[276] בנוסף, גם אם במקרים מסוימים תיפגע אווירת השיח בזירה מקוונת בשל

בקוראים פרטיקולריים. המפרסם משלם לפי הצפייה בפרסומת, הנמדדת לפי הקלקות. לכל מודעה מחיר שונה. ראו NICHOLAS CARR, THE BIG SWITCH: REWIRING THE WORLD, FROM EDISON TO GOOGLE 57–154 (2008).

273 גם כיום, כאשר משטר האחריות טרם הוסדר בחקיקה לפי הדין המצוי, חרף העמימות המשפטית והסיכון לאחריות עדיין מתקיימים אתרים אשר אינם מסחריים.

274 הצעה לפטור אתרי נישה קטנים הוצעה בהקשר אחר (בעניין החלת חובות לשקיפות). ראו ז׳רסקי ״שקיפות בסינון תכנים״, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 193. עם זאת, בהקשר שלפנינו, עשויים להתקיים שיקולים אחרים.

275 להרחבה ראו לעיל, פסקי הדין בה״ש 62.

276 כך למשל תנאי השימוש של אתר Ynet קובעים כי הנהלת האתר רשאית לבדוק את התכנים טרם פרסומם, לסרב לפרסמם, או למחוק לאלתר כל תוכן המפר את תנאי השימוש. הנהלת האתר משתמשת בפועל בסמכות זו ומסננת למעלה מ־50% מהתגובות. ראו לעניין זה ז׳רסקי ״שקיפות בסינון תכנים״, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 137, ה״ש 9. בעקבות פרקטיקה זו זכה עורך האתר לכינוי ״מסנן הטוקבקים הלאומי״. ראו איילה צורף ״מסנן הטוקבקים הלאומי״ **הארץ Online** 8.9.2006 www.haaretz.co.il/misc/1.1135305.

השינויים המוצעים לעיל, אנו סבורים כי זוהי תוצאה רצויה ואיזון חברתי ראוי. היעדר התערבות מצד הפלטפורמות יקדם אינטרסים חשובים הנוגעים לחופש הביטוי. לטעמנו החלת המודל מביאה לאיזון רב־ממדי של הזכות לחופש הביטוי של הדובר אל מול חופש הביטוי של הנפגע תוך התחשבות באופי הפגיעה בהקשרי שיח שונים. לעומת זאת החלת משטר ״הודעה והסרה״ אולי תוביל לזירת ביטוי רגועה יותר, אך תפגע בזכות לחופש הביטוי פגיעה לא מידתית, תוביל לפגיעה בזרימת מידע ואף להשמטת הקרקע מתחת לסוגי שיח מסוימים.[277] על כן באיזון הכולל תוצאה עקיפה של צמצום פעילות וולונטרית של הספק בהקשר זה איננה תוצאה בלתי מתקבלת.

שלישית, אפשר לטעון נגד יצירת הפטור לספק כשמדובר בניזוק הפנימי. לעיל הוסבר כי ההגנה שיש להעניק לניזוק הפנימי פחותה, בין היתר עקב יכולתו לכלכל צעדיו מראש ולמנוע חשיפה לזירת ביטוי אשר איננה לטעמו. כנגד קביעה זו אפשר לטעון כי משטר הסדרה מקל, כאשר מדובר בהקשר של ניזוק זה, יוביל ליצירת זירות שיח המתאפיינות בנורמות אגרסיביות,[278] שיגרמו להדרה עצמית של דוברים רבים יותר.[279] בסופו של יום תוביל דינמיקה כאמור לפגיעה בחופש הביטוי והתועלת החברתית.

אולם לטעמנו תוצאה זו אינה כה קשה בשל מגוון זירות השיח. נזכור כי גם מחוץ למרחב המקוון ייתכנו הדרה עצמית מתכנים או מזירות שיח. בהקשר האינטרנטי יש דווקא כדי להפחית מחומרת תופעה זו. בזכות עושר תכנים זמינים לכל דורש וקלות

אתרים מרכזיים נוספים נוקטים מדיניות מחמירה ממשטר ״הודעה והסרה״ ובוחנים את תוכן התגובות בטרם פרסומן כדי לשמור על תדמית האתר. כך למשל נוהג אתר ביקורות המרצים ״דרגו״ (www.dargoo.co.il) ואתר ״חדשות מחלקה ראשונה״ (www.news1.co.il). האתר האחרון נוהג אף לפרסם את כתובות ה־IP שמהן נשלחים תכנים ובכך לקדם אחריותיות. ספקים שונים אף מטמיעים מנגנונים לשיתוף המשתתפים בהסדרה כמו מנגנוני ״דיווח על תוכן בעייתי״ ומנגנוני הכרה ומוניטין אף שאינם מחויבים בהם על פי דין. אמצעים אלו גם מגבירים את כוח המשיכה ופופולריות הפלטפורמה לאור הגברת שיתופיות ואינטראקצייה חברתית בגדריה. דברים אלו ממחישים כי לספק ישנו תמריץ להסדרה פרטית אף מחוץ לשיקולי ניהול סיכונים וחשיפה לאחריות בדין. להשפעות מנגנוני משוב על איכות ואינטראקצייה חברתית, ראו LIOR JACOB STRAHILEVITZ, INFORMATION AND EXCLUSION 128 (2011).

277 להרחבה בעניין זה ראו הדיון לעיל בחלק א.5 ובפרט בה״ש 96.

278 כגון זירת השיח המתוארת בעניין **בורוכוב**, לעיל ה״ש 40.

279 ראו לדוגמה פורום קשקושי בנות **אג׳נדה – קהילות** 9.1.2011. www.agenda.co.il/646/forum/622009/: ״[...] ונפלתי על פורומים של חונטות סגורות ש״אם אתה לא איתנו נצא עליך״ או לפחות כך גרמו להרגיש – כאילו נותנים טובה לכתוב שם, **אז עזבתי והבטחתי שלא אכתוב שם יותר**״ (ההדגשות הוספו – ט״ז ומ״ל).
במשטר פטור מאחריות לספק, צפויה הדרה עצמית של דוברים לבוא לכדי ביטוי בתדירות גבוהה יותר. דוברים שיהיו עדים לזירות שיח אגרסיביות ידירו עצמם מכניסה לשיח בשל ידיעה כי הספק אינו מחויב להעניק להם סעד. Citron, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 132 מתייחסת לזירות שיח אלימות כמדירות קבוצות מוחלשות בחברה.

היציאה משיח פוגעני מחיר הדרה עצמית מזירות שיח מסוימות באינטרנט, או יציאה מהן, נסבל.[280] את הזירה הפוגענית יחליף הדובר בזירה אחרת אשר מתאימה לטעמו. מלבד זאת עומדת לו האפשרות להקים בעצמו זירה שתתאים בדיוק לצרכיו ותאפשר לו שליטה בתרבות השיח בגדריה.[281]

ייתכן שתשובה זו לא תשכנע קוראים רבים. אלה יטענו כי המענה האמור מופשט ואינו נותן מענה לסיטואציות מורכבות יותר. לעתים היציאה מקהילה אינה עניין של מה בכך וכרוכה במחיר כבד. לקהילות מסוימות אין תחליף, והמבקש לצאת מהן אולי לא ימצא אכסניה חלופית שבה יוכל לבוא לידי ביטוי, לקבל מידע או ליצור קשרים חברתיים נדרשים. דוגמה טובה למקרים אלו הן קהילות למידה הקשורות למקום הלימודים או קהילות המבוססות על מקום העבודה שהחברות בהן חובה, או שאי־חברות בהן תמנע מן הפרט עדכונים מקצועיים חשובים.

טענה זו כבדת משקל אולם היא בבחינת חריג לכלל, ואין בה כדי לחתור תחת הכללים שמתווה המודל. מקרים אחרונים אלו מצדיקים יצירת חריגים פרטניים למודל וניתוח גמיש יותר אשר ככל הנראה יטיל על ספק המנהל פלטפורמות מהסוגים שצוינו חובות זהירות מחמירות יותר.

בדומה לכך אפשר לטעון כי הניתוח מייחס למשתמשים יכולת ואוטונומיה מופרזת ואינו מייחס משקל להשפעות חיצוניות על הבחירה החופשית. הניתוח מניח כי הניזוק מסוגל להעריך מראש את סיכוניו בכניסתו לפורום, כמו גם את יכולתו ״לצאת״ מהפורום ולהתנתק ממעגל חברתי בעל השפעה. אולם במקרים רבים אוטונומיית המשתמשים אינה מלאה, והם מתקשים לתת ביטוי מוחשי לרצונם לנוכח פערי כוחות ולחצים חברתיים שלהם הם חשופים.[282] מנגד ידוע כי אוטונומיה נתונה להשפעות חיצוניות

280 ראו לעיל ה״ש 245. קלות היציאה (exit) משיח במרחב המקוון, עושר החלופות ומגוון זירות השיח מקהים במידה רבה את נזקי הדרת דוברים מזירות שיח. מאפייני המרחב המקוון מאפשרים לכל אחד למצוא את זירת השיח המתאימה לו. לרוב, נפגע פנימי מלשון הרע בקבוצה מסוימת יכול לעבור לאתר אחר, ומתקיימות פחות השפעות של ״נעילה״ לחברה מסוימת במרחב המקוון ביחס להשפעות אלו מחוץ למרחב המקוון. נראה כי השפעות נעילה יהיו חלשות בפרט בסוגי השיח שבעניינם המודל פוטר את הספק מאחריות בשל היעדר קשרים חזקים במסגרתם.

281 כך למשל יכול דובר לפתוח בלוג באתר מסחרי או להקים אתר אינטרנט פרטי ולשלוט בתכניו ובתרבות השיח שבו.

282 במועד הכניסה לשיח משתמש עשוי לסבול מהטיות קוגניטיביות, להתאפיין באופטימיות וביטחון־יתר ולא להעריך נכונה את סיכוניו ואת הלחצים החברתיים הצפויים לו. בעניין זה ראו RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (2008); המשתמש אף עשוי למצוא עצמו נתון ללחצים חברתיים שעשויים להשפיע על האוטונומיה שלו. ראו SUNSTEIN, ON RUMORS, לעיל ה״ש 185, בעמ׳ 21-30. הכתיבה האקדמית דנה בהרחבה באוטונומיה המוגבלת של יחידים אשר מונעת מהם לקבל החלטות מושכלות בהקשרים רבים. על פי תפיסה זו, הפרט אינו נהנה מחופש מוחלט, חשוף להשפעות

ועיצוב חברתי ועל כן מתאפיינת בדרגות משתנות התלויות בהקשרים שונים.[283] כך אין גם מקום להניח כי זכות זו מוחלטת. לדעתנו, בנקודה זו ראוי להבחין בין פעולותיהם של בגירים וקטינים בסביבות מידע אלו.

נסכים כי אף בגירים יתקשו להעריך נכונה מבעוד יום את הסיכון שייווצר בסביבת מידע שאליה הם נכנסים, אולם יכולתם לצאת מסביבה זו ובכך למזער את המשך הפגיעה מצדיקה את יצירת הפטור. יש לייחס לבגירים אוטונומיה ברמה מספקת שלפיה יוכלו להתגבר על השפעות חיצוניות, לערוך מאזן רווח והפסד ולצאת משיח כאשר הזירה אינה מתנהלת לפי טעמם. האינטרנט מתאפיין בעושר זירות שיח חלופיות, והפרט יכול לפרוש מהדיון ולעבור לזירה אחרת (או אולי אפילו לחזור לאותה זירה במעמד שונה). יציאה מקהילה באינטרנט עשויה אף להיות פשוטה מיציאה מקהילה מחוץ למרחב המקוון. ואולם, יש לסייג התייחסות זו ממצבים שבהם תוכר בעתיד זירה מסוימת כמונופול. במצב מעין זה אכן לא תעמוד ליחיד יכולת ״לצאת״ מהמסגרת. במקרה מעין זה ייתכן שיהיה ראוי להכיר בחריג אשר עליו יוחל משטר אחריות אחר לעניין נפגעים פנימיים.

אשר לקטינים אפשר שהמצב יהיה שונה. לקטינים נטייה רבה יותר להסתכן, הם רציונליים פחות, חשופים יותר להשפעת התנהגות קבוצתיות, וייתכן כי חלות בעניינם דינמיקות הסדרה שונות. קטינים עשויים להישאר בקהילה למרות הנזק שנגרם להם, ולפיכך להיפגע ממשטר פטור לניזוק פנימי פגיעה לא מידתית. לפיכך ייתכן שהמלצות המודל אינן מתאימות להחלה על קטינים. הדרך שראוי לנקוט למען הגנת קטינים חורגת מיריעת רשימה זו ואולי אף מצריכה התייחסות באסדרה פרטנית הנוגעת לילדים ברשת.[284] אסדרה כאמור עשויה להטיל על הספק חובות נוספות[285] ולהתוות חריגים מיוחדים במודל אשר יתייחסו אליהן.

חיצוניות וממשם את האוטונומיה שלו רק אם הסביבה מאפשרת לו לעשות כן. משום כך יש מקום להגן על האוטונומיה של היחיד מפני השפעות חיצוניות אלו כדי לאפשר לו להגיע לכדי מימוש עצמי. ראו בהרחבה: ISAIAH BERLIN, TWO CONCEPTS OF LIBERTY: AN INAUGURAL LECTURE DELIVERED BEFORE THE UNIVERSITY OF OXFORD ON 31 OCTOBER 1958 (1959).

283 להרחבה בדבר דרגות הגנה על אוטונומיה ותלותה בהקשר ראו JULIE E. COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF: LAW, CODE AND THE PLAY OF EVERYDAY PRACTICE 16–21 (2012).

284 סוגיה זו מצריכה התייחסות לחקיקה ספציפית הנוגעת לילדים ברשת כפי שקיימת בארצות הברית (Children's Online Privacy Protection Act of 1998, 15 U.S.C. §§ 6501–6506 (2006)), כמו גם בדיקת העמידה בדרישות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ״ב–1962. להתייחסות אחרת של הסדרת תחום זה על ידי הרשות למשפט וטכנולוגיה בישראל ראו למשל משרד המשפטים, הרשות למשפט וטכנולוגיה **פנייה לקבלת הערות: כללי אתיקה והתנהגות לבעלי מאגרים האוספים מידע על קטינים** (2010) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/92556C61-AD16-4602-870F-182902AC9ABA/24159/minorsdataposition.pdf.

רביעית, אפשר לטעון כי האפשרות לאיתור ביטויים באמצעות מנועי חיפוש חותרת תחת ההבחנות בין סביבות מידע שונות והקשרים קבוצתיים שונים ומרוקנת אותן מתוכן. על פי טענה זו, מנוע החיפוש משקף בתוצאות החיפוש ביטויים ממוקדים ומוציא את הדברים מהקשר סביבת המידע. האפשרות לאתר מידע ממוקד במנועי חיפוש מטשטשת גם את ההבחנה שבין הקשרים קבוצתיים, מוציאה את הניזוק הפנימי מההקשר הקבוצתי ומביאה לזליגה מושגית בין ניזוק ״פנימי״ ל״חיצוני״. משתמש אשר נחשף לביטוי הנוגע לניזוק פנימי דרך מנועי החיפוש לא יהיה עד לטיהור שמו של אותו ניזוק באמצעות דינאמיקות של הסדרה פרטית.

מנועי החיפוש אכן מאפשרים הוצאת פריטי מידע מסביבת המידע ומן ההקשר הקבוצתי, אולם אין בביקורת זו כדי לחתור תחת המודל המוצע. מנועי החיפוש מוציאים את הדברים מסביבת המידע רק ברובד הראשוני של תוצאות החיפוש (הכולל מובאות קצרות המופיעות בדף החיפוש). אולם כאשר הביטוי מופיע בתגובה לשאילתת חיפוש ולמחפש עניין במידע, סביר להניח כי זה לא יסתפק במידע החלקי בכותרת המופיעה בתוצאות החיפוש אלא יגלוש אל הקישור שמציגה תוצאה זו כדי להתרשם מן המידע הכולל והקשרו. כך יחזור להקשר המקורי ויתרשם מדינמיקות ההסדרה הפועלות במסגרתו. לפיכך אין באפשרות לאתר תכנים במנועי החיפוש כדי לרוקן מתוכן את ההבחנות בין הקשרי סביבות מידע והקשרים קבוצתיים לעניין אחריות הספק.

ד. סיכום וכיווני מחקר עתידיים

ברשימה זו הצגנו קווי מתאר תאורטיים ויישומיים למודל חדש לאחריות ספק התוכן ללשון הרע והנחנו את היסודות לגישה חדשה. ביסוד רשימה זו גישה שלפיה סוג השיח שבמסגרתו מובע ביטוי חשוב לא פחות מתוכן הביטוי כשלעצמו. לאור תפיסה זו הנחנו את כובד המשקל על סוג השיח, על קשרים בין משתתפיו ועל אינטראקציות ויחסי גומלין ביניהם, ולא על ניתוח מהותי של דיני לשון הרע. כדי להתוות קווי מתאר למודל סיווגנו את השיח במרחב המקוון לשלוש קבוצות. הסיווג התאפיין ברגישות למבנים חברתיים והונח על אדני מחקרים מתחום הסוציולוגיה. המודל שהצענו בעקבותיו הבחין בין סוגי שיח והקשרים קבוצתיים, שבעניינם הסדרה פרטית מובילה לתוצאות ראויות, לבין סוגי שיח שבעניינם אין הדבר כך ונדרשת התערבות הדין.

285 בהקשר זה יצוין עוד כי תנאי השימוש ברשתות חברתיות פופולריות אוסרים על השתתפות ילדים מתחת לגיל 13 (אף על פי שייתכן שהבעיות האמורות רלוונטיות אף לילדים בני 14–18). לכן ייתכן כי פתרון חלקי לבעיה מצוי באכיפת תנאי השימוש בפלטפורמות אלו על ידי הטלת חובות נוספות על הספק כמו חיובו בהטמעת מנגנוני אימות גיל מתוחכמים.

בשל מורכבות המודל, דינמיות השיח ושינויים חברתיים אפשריים אין אנו סבורים כי יש מקום להחיל את המודל האמור באמצעות חקיקה. אנו סבורים כי הדרך הנכונה לאמצו היא כאמצעי עזר בידי שופטים בבואם לפרש את החקיקה הקיימת. המודל המוצע נמנע מהסתמכות על יסודות גמישים המתאפיינים ברמת הפשטה גבוהה (פוטנציאל חומרת הנזק, ההסדרה הפרטית ואופי הניזוק) אלא מאמץ כללים מודולריים שהם קירוב ליסודות אלו. בכך מהווה המודל תרומה חשובה למהלך השיפוטי הנדרש להכרעה ומביא ליתרונות על פני המצב הקיים כיום, אשר מוביל לתוצאות שאינן עקיבות. אף אם המודל מדויק פחות ממודל אשר מאפשר מתחם שיקול דעת רחב והתייחסות פרטנית לנסיבות כל מקרה ומקרה, יתרונו הוא בבהירותו. הוא מאפשר לשופטים להחיל כללים פשוטים, להימנע מהתדיינות מסורבלת ולקבוע אחריות מתוך רגישות למאפיינים סוציולוגיים והשפעות חברתיות. הכללים שמתווה המודל ידריכו את בתי המשפט אל עבר הכרעות שיטתיות יותר בסוגיית אחריות ספקי תוכן ללשון הרע ויובילו לוודאות, עקיבות והגינות.[286] תוצאה זו תאפשר למפעילי ומפתחי פלטפורמות מקוונות לתכנן את צעדיהם כדי לצמצם את חשיפתם לאחריות, תוביל לצמצום ״אפקט מצנן״, ובכך תקיים ערך מוסף בקידום הזכות לחופש ביטוי.[287]

מובן כי רשימה זו אינה סוף פסוק והיא מותירה שאלות פתוחות, מעוררת שאלות נוספות ומחייבת פיתוח במסגרת מחקרים עתידיים. לדוגמה: האם אפשר להסדיר גם את הדין באשר לחשיפת גולשים אנונימיים באמצעות המודל?[288] ומה באשר לאחריות הדובר לביטוי משמיץ? האם אפשר לאמץ את ההנחות בבסיס המודל ולפטור גם אותו כשמתקיימת הסדרה פרטית יעילה, או שבענייננו ראוי לקבוע נקודת איזון שונה? האם האיזונים בבסיס המודל יפים גם להסדרת אחריות הספק באשר לתחומי ביטוי נוספים, כמו ביטוי הפוגע בפרטיות? או שיש להתוות איזונים נפרדים לאחריותו לכל תחום ביטוי? מחשבה רבה נדרשת גם בסוגיית שיתוף תכנים משמיצים בין פלטפורמות

286 מודל מודולרי לקביעת אחריות הספק מצמצם את החשש כי מקרים דומים יזכו ביחס שיפוטי שונה וייפגע עקרון ההגינות. בהקשר זה ראו מיכאל בירנהק ״לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים״ **טכנולוגיות של צדק: משפט מדע וחברה** 169, 190 (שי לביא עורך, 2003).

287 בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 376–377 עמד על מחיר העמימות המשפטית. פיזור עמימות זו אפוא ייטיב עם חופש הביטוי.

288 בעניין זה בית המשפט העליון בעניין **מור – עליון**, לעיל ה״ש 4, סתם לפי שעה את הגולל על אפשרות החשיפה של שמות הגולשים באמצעות צו של בתי המשפט, עד להתערבות המחוקק או אימוץ גישה אחרת בבית המשפט העליון. שתי הדעות העיקריות בפסק הדין פנו לעמדות קיצון, ומקומו של סוג השיח נפקד מהן. נציין כי גם הצעת החוק הממשלתית שהוצעה בעניין לא התוותה הבחנות בין הקשרים שונים. ראו הצעת חוק חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע״ב–2012, ה״ח 719. סוגיה זו עצמאית, וייתכן כי יש מקום לאיזונים שונים בעניינה מאלה של אחריות הספק. אולם גם בהקשר זה יש להתחשב בסוג השיח. להרחבה ראו בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה״ש 33, עמ׳ 337 ואילך.

המתאפיינות במשטרי אחריות שונים והשלכות שיתוף זה על אחריות הספק.[289] האם ראוי להחיל את המשטר שהתווה המודל באשר לפלטפורמת המוצא של הביטוי גם בעניין פלטפורמת היעד? או שיש להחיל תמיד את המשטר שהתווה המודל באשר לפלטפורמת היעד? ומה הדין באשר לספק שהפיץ את הביטוי המשמיץ באופן אקטיבי לפלטפורמה המתאפיינת בשיח מסוג אחר והוציא ביטוי מהקשרו? על כך, כמו גם על שאלות נוספות, נעמוד ברשימה אחרת.

289 כיום טכנולוגיות חדשות מקלות על הפצה ומאפשרות שיתוף תכנים בין פלטפורמות שבעבר לא היה קשר ביניהן, בלחיצת כפתור. שיתוף תכנים בין פלטפורמות מסוגים שונים שכיח כיום. למשל, גם ספק התוכן הגדול ״וואלה!״ מאפשר שיתוף תגוביות עם הרשתות החברתיות פייסבוק וגוגל+1. אתר ״רמקול״ מאפשר שיתוף דירוגים וחוות דעת במסגרתו עם חברים ברשתות החברתיות. על פי המודל שהוצע, הותוו משטרי הסדרה שונים לפלטפורמות מסוגים שונים. שיתוף תכנים מוביל למעבר תכנים מסוג שיח אחד לסוג אחר והוצאתם מהֶקשר.