

דצמבר 2021

חשיפת אנונימיות של מעוול ברשת האינטרנט

מוגש לחבר הכנסת מאיר יצחק-הלוי

מבוא והקדמה

מטרת מסמך זה היא סקירת סוגיית חשיפת האנונימיות של מעוולים ברשת האינטרנט, תוך דיון באפשרות הסדרתה בחקיקה. כפי שיפורט בהרחבה להלן, בית המשפט העליון הביע עמדה נחרצת בדבר הצורך להסדרת הנושא על-ידי המחוקק, שכן כיום אין מסגרת דיונית מתאימה למתן צו שיפוטי לחשיפת אנונימיות. בליבה של סוגייה זו קיימת "התנגשות" בין זכויות יסוד – מחד גיסא, ניצבת זכותו של הנפגע מפרסום אנונימי ברשת לשם טוב ולפנייה לערכאות למיצוי זכויותיו; מאידך גיסא, ניצבים חופש הביטוי של המפרסם האנונימי וזכותו לפרטיות. במסמך דן נבקש למצוא את האיזון הראוי בין הזכויות המתנגשות, ונמליץ על האופנים שדרכם ניתן יהיה להבטיח שהמרחב האינטרנטי לא יהפוך ל"עיר מקלט" המאפשרת ביצוע מעשי עוולה לכל אדם המעוניין בכך.

פרק ראשון – תקציר מנהלים

← סקירת הרקע:

הסוגייה הנדונה מתייחסת לאפשרות המשפטית של נפגע מהוצאת דיבה של משתמש אנונימי ברשת האינטרנט לבקש סעד של חשיפת זהות האחרון לטובת תביעתו בתביעה אזרחית. סוגייה זו רלוונטית במיוחד לאור העלייה החדה בשימוש באינטרנט בעשור האחרון, אשר מגבירה את הסיכון לתפוצה רחבה של הוצאות הדיבה והנזק שביכולתן לגרום. בליבת הסוגייה ניצבת ההתנגשות בין הזכות לשם הטוב של הנפגע לבין הזכות לפרטיות ולחופש הביטוי של המעוול האנונימי.

← סקירת הדין הישראלי – פסיקה וספרות:

פסק הדין המכונן בנושא הינו פסק דין מור של בית המשפט העליון. עד לפסיקה זו, ננקטו גישות שונות בשאלת חשיפת האנונימיות בערכאות הנמוכות. ואולם, פסק דין מור סתם את הגולל על האפשרות להורות על חשיפת זהות גולשים אנונימיים, בקבעו כי אין לעשות זאת במסגרת חקיקה שיפוטית אלא להותיר את הסוגייה למחוקק. מסקירת הספרות והפסיקה עולות דעות חלוקות לגבי שאלת היקף המרחב שיש להעניק לחופש הביטוי ברשת האינטרנט, ובפרט לגבי אופן החלת המגבלות הנהוגות בתחום חופש הביטוי כיום על המרחב המקוון. מאחר ועסקינן בהוצאת דיבה שנעשית בידי משתמש אנונימי, עומד בפני התובע מחסום טכני, שכן אין לו איך לעמוד על זהותו של אותו משתמש, ובכך נוצר לו מחסום משפטי המונע ממנו את הגשת התביעה.

← סקירת הדין הישראלי – חקיקה:

חוק איסור לשון הרע מפרט את המקרים בהם ניתן לתבוע מעוול בגין לשון הרע ואת הסעדים שאותו התובע יוכל לקבל. כיום, כאשר מעוול אנונימי מוציא דיבה העולה לכדי לשון הרע, לא קיימת מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו על מנת לתת עימו את הדין. רק כאשר הפרסום עולה לכדי עבירה פלילית, יהיה ניתן להגיש נגד המפרסם תלונה לרשויות האכיפה. בעבר הועלו אמנם הצעות חוק להתמודדות עם הסוגייה בהליך האזרחי, אך כולן העלו חרס – חלקן

דצמבר 2021

מסיבות טכניות גרידא. לעניות דעתנו, ההסדר החקיקתי הנהוג כיום אינו נותן משקל מספק להגנה על שמו הטוב של הנפגע בהליך האזרחי ובכך יוצר מאזן זכויות מוטא לטובת המעוול האנונימי.

← סקירת הדין המשווה:

מהסקירה המשווה עולות הצעות מגוונות להתמודדות עם סוגיית חשיפת זהות המעוול האנונימי ברשת האינטרנט. שני ההסדרים הבולטים ביותר הינם הסדרה דרך סדרי הדין האזרחי, כפי שנהוג למשל בארה"ב, והסדרה דרך חקיקה ישירה, כנהוג למשל באנגליה וביפן. כמו כן, נראה שבאופן גורף לבתי המשפט יש תפקיד מפתח בסוגייה, סביר להניח בשל הקושי בתחמת גבולות ברורים ללשון הרע ובעדינות האיזון בין הזכות לשם הטוב לבין חופש הביטוי והזכות לפרטיות. בסקירה מובאים מבחני העזר מההלכות הפסוקות במדינות שנסקרו וכן דרך הפרשנות שנתן בית המשפט לחקיקה הרלוונטית, במידה שקיימת. הדינים שמוצגים בסקירה המשווה היוו בסיס להשוואה ולהשראה עבור המלצות הצוות, תוך לקיחה בחשבון של ההבדלים המשפטיים בין המדינות.

← המלצות:

בפרק זה נמנה בפירוט את דרכי הפעולה המוצעות, וזאת בראי הצעת החוק של חבר הכנסת יצחק הלוי. לשיטתנו תכלית החוק ראויה, והבשילה העת להסדרת הסוגייה. כך, נסביר את המלצותינו ליצירת מנגנון מדויק המאזן בין הזכויות המתנגשות, בהתבסס על הסקירה שלהלן. תחילה, ביחס לרוחבו של ההסדר ותחמתו במסגרת עוללת לשון הרע, נמליץ להשאירו כך. בהמשך, נעמוד על המלצותינו הקונקרטריות ביחס לפרטי ההסדר בהתייחס לכל אחד משני השלבים שבו. בשלב הפנייה של הנפגע לספק השירות, נמליץ לבטל את חיוב ספקי השירות להכריע בבקשות חשיפת זהותו של המפרסם האנונימי (המעוול לכאורה), מתוך תפיסה שהספקים הינם גופים פרטיים ואין להפכם לגופים מעין-שיפוטניים. באותה נשימה, נמליץ להשאיר את השלב בעינו ולא לבטלו כליל – תוך חיוב ספקי השירות ליידיע את המפרסמים האנונימיים בדבר הבקשה ולבקש את הסכמתם לחשיפת פרטיהם. ככל שהתשובה תהיה שלילית, נמליץ לחייב את ספקי השירות להעמיד לרשות הצדדים מנגנון חלופי ליישוב סכסוכים (ODR) בו יוכלו המבקש והמפרסם לנהל שיח במסגרת צ'אט אלקטרוני ולהגיע להסכמות שייתרו את הבקשה. בשלב בקשת צו החשיפה מבית המשפט, נמליץ לעגן בהצעת החוק מספר הבהרות לשם התווית הפסיקה.

פרק שני – רקע

1.1 מבוא

בשני העשורים האחרונים, העולם עובר שינויים טכנולוגיים משמעותיים אשר משפיעים רבות על החברה וכתוצאה מכך גם על מערכת המשפט. שינויים אלו באים לידי ביטוי בין השאר במרחב הווירטואלי בו אנו משתמשים על בסיס יום-יומי. המרחב הווירטואלי מוגדר כסביבת רשת במסגרתה מתאפשרת התקשרות דינמית ומיידית בין משתמשים שונים ברחבי העולם, ללא תלות במיקום הגאוגרפי שלהם ובכל זמן נתון. אחד המרחבים הווירטואליים הנפוצים כיום הוא מרחב הרשתות החברתיות; כך, כ-77.4% מבני ה-20 ומעלה בישראל משתמשים ברשתות חברתיות ופעילים בהן.¹ נתון זה מדבר בעד עצמו ומעיד על גודלו של המרחב הווירטואלי ועל השפעתו

¹ "לקט נתונים מתוך הסקר החברתי בנושא שימוש באינטרנט" הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (06.07.2021). <https://www.cbs.gov.il/he/mediarelease/Pages/2021>.

דצמבר 2021

הפומבית האדירה, וזאת רק בהתייחס לשימושו בגבולות מדינת ישראל, שהרי שימושו נרחב ונפוץ בכל העולם.

על כן, כאשר אדם מפרסם דבר מה ברשת האינטרנט (להלן: "פוסט"), מיליוני אנשים מכל רחבי העולם יכולים להיחשף לפרסום שלו. תפוצתם הרחבה של פרסומים באינטרנט והגישה המהירה והקלה אליהם, מהווה חלק ישיר מתהליך הגלובליזציה שתפס תאוצה בעשורים האחרונים. תהליך הגלובליזציה הוא תהליך בו מתרבות במישור העולמי פעילויות והתפתחויות תרבותיות, פוליטיות, כלכליות וחברתיות ההופכות את כדור הארץ ל"כפר גלובלי".²

קצב ההתפתחות המהיר של הטכנולוגיה בשנים האחרונות, מקשה על המערכת המשפטית אשר צריכה להתאים עצמה אליו "בזמן אמת". הסיבה לקושי נעוצה בכך ששינויים חקיקתיים ומשפטיים מתרחשים באיטיות רבה ביחס לשינויים הטכנולוגיים. על המחוקק לנסות להדביק פער זה ככל הניתן. הצעת החוק נשוא מסמך זה מהווה עוד צעד לקראת צמצומו של הפער האמור.³

2.ב הצגת הסוגייה וההתנגשות בין הזכויות הפרטיות וחופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב

סוגיית חשיפת אנונימיות של מעוולים ברשת לשם תביעת דיבה אזרחית מתייחסת למצב במסגרתו אדם – אשר הוציאו דיבתו במסגרת פוסט שפורסם ממשתמש אנונימי באינטרנט – יוכל לבקש סעד מבית המשפט למתן צו המורה על חשיפת זהותו של המשתמש האנונימי לטובת תביעתו האזרחית. בליבה של סוגייה זו מתנגשות שתי זכויות; הזכות לשם טוב של התובע והזכות לפרטיות של הנתבע.

זכותו לשם טוב של התובע נפגעת כתוצאה ישירה ממעשה פרסום הדיבה עליו. משמעותה של זכות זו היא שאין לפגוע בכבודו או בשמו הטוב של אדם. הזכות מעוגנת בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומעמדה בשיטת המשפט הישראלית הוא של זכות יסוד במעמד חוקתי.

מנגד, חשיפת זהותו של הנתבע, תוביל לפגיעה בפרטיותו. הזכות לפרטיות היא זכותו של כל אדם לחיות את חייו ללא התערבות של האחר וללא חדירה לחייו הפרטיים. זכות זו מעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ונהוג לצמצם את היקפה לשלושה תחומים: התחום הראשון הינו חדירה פיזית לגופו או למקומו הפרטי של אדם; התחום השני הוא מידע פרטי אודות האדם; והשלישי הוא זכותו של אדם להיות אנונימי.⁴ התחומים הרלוונטיים לענייננו הם השני והשלישי – כאשר בית המשפט מעניק סעד בגינו הוא מורה על חשיפת אנונימיות של אדם, הוא פוגע הן במידע הפרטי אודותיו והן בזכותו להיות אנונימי.

על אף שהזכות לפרטיות משרתת תכליות חשובות בהקשר של חופש הביטוי ובהקשרים רבים נוספים, היא איננה זכות מוחלטת. היא מהווה זכות יסוד השזורה במארג כלל הזכויות (ובמסגרתן זכויות יסוד נוספות) המוכרות בשיטתנו המשפטית. כך, במקרה שזכותו של אדם לפרטיות עומדת בסתירה לזכויות יסוד אחרות – ובענייננו בזכות לשם הטוב – וגורמת לפגיעה באחר, יש לבצע את האיזון המתאים בינה לבין הזכות לשם טוב תוך שימת דגש מירבי על כבוד האדם. נמצאנו למדים, כי אין לתת חיסיון גורף לפרטיותו של אדם, במיוחד כאשר זו תורמת לביצוען של עוולות המוכרות

² ירון הירשפלד מסמך רקע בנושא: הגלובליזציה – בהיבטים שונים (הוגש לאגף קשרי חוץ, 2022) <https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/pdf/https://www.milononline.net/>; "מילון ספיר - גלובליזציה" מילון אבניאון.

³ ע"א 9183/09 The Football Association Premier League נ' פלוני, סה(3) 521, פס' 5 לפסק הדין של השופט מלצר (2012).

⁴ רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות האדם בישראל: קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן שלח 65, 67-68 (1988).

דצמבר 2021

זה מכבר בדין הישראלי. כמובן שזאת יש לבצע תוך איזון עדין ותוך התווית קו הגבול הדק שבין פגיעת מופרזת בזכות לפרטיות מחד, לבין פגיעה מופרזת בזכות לשם הטוב מאידך.

חשוב לציין כבר עתה, כי בענייננו הפגיעה בזכות לפרטיות של מפרסם הפוסט עשויה אף לעלות לכדי פגיעה בזכות לחופש הביטוי, וזאת מתוך תפיסה לפיה ישנן התבטאויות ש"יוצאות לאוויר העולם" אך ורק תחת מעטה אנונימיות. משכך, במסגרת איזון הזכויות יש לשקלל גם את האפקט המצנן העשוי להיווצר לחופש הביטוי. ודוק: ייתכן כי במסגרת הסדר חקיקתי לסוגיה, יש להבחין בין סוגים שונים של ביטויים – למשל, להבחין בין חופש ביטוי פוליטי המקדם ערכים דמוקרטיים ושיח ציבורי בריא (גם אם בוטה) לבין חופש ביטוי גזעני, אותו נרצה לצנן במידה רבה.

3.3. נזק בר פיצוי

אין חולק כי הנזק העלול להיגרם לאדם כתוצאה מהוצאת דיבתו הוא נזק חמור לאין שיעור. כפי שצוין, מכיוון שהוצאת הדיבה נעשית ברשת האינטרנט ובמסגרת ה"כפר הגלובלי", היא חשופה לעיני כל וניתן למצוא אותה בקלות ובמהירות. יתר על כן, כאשר אדם מפרסם דבר מה באינטרנט, קיים קושי למחוק אותו והוא הופך להיות מעין נחלת הכלל – אדם אחר יכול לקרוא אותו, להשתמש בו, לשתף אותו וכיו"ב.

לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע"), וכפי שיפורט להלן בהרחבה, אדם המפרסם באינטרנט פרסום המוציא את דיבתו של אחר מבצע עוולה אזרחית, ולכן התובע יכול וזכאי לתבוע ממנו פיצוי כספי.⁵ על כן, מבחינה מהותית גם אדם אשר מסתתר מאחורי מסכה אנונימית ומוציא דיבה צריך לתת את הדין על מעשיו. אין לעשות איפה ואיפה בין אדם הנפגע על-ידי משתמש אנונימי לבין אדם הנפגע על-ידי אדם שזהותו ידועה וחשופה לעיני כל, שכן העוולה אותה עוולה היא.

4.4. אנונימיות המשתמשים ברשת האינטרנט⁶

לסיכום סקירת הרקע לסוגייה בה עסקינן במסמך זה, נבקש להגדיר בקצרה מספר מושגים טכנולוגיים בסיסיים הקשורים לנושא, וזאת בכדי להבין בצורה מיטבית את הדיון בהמשך המסמך, הן בהצגת ניסיונות חקיקה קודמים להסדר דנן והן בעניין המלצותינו ומסקנותינו הסופיות.

רשת אינטרנט היא רשת שמחברת בין משתמשים רבים, אשר כולם מחוברים לרשת גלובאלית באמצעות ציוד קצה הנמצא ברשותם. **ציוד הקצה** הוא כל אמצעי פיזי המאפשר חיבור לרשת האינטרנט (כגון מחשב, טלפון נייד, טאבלט וכדומה). **ספק שירותי גישה לאינטרנט (ISP) (להלן: "ספק שירות")** הוא העוסק שאיתו יוצר קשר כל משתמש המעוניין לגלוש ברשת אינטרנט, על-מנת שיוכל לעשות זאת. למעשה, ספק שירותי הגישה הוא זה שמקשר בין ציוד הקצה שברשותו של המשתמש לבין רשת האינטרנט. שיטת הקישור הנ"ל, בה משתמש ספק השירות, נעשית באמצעות מתן **נתון מזהה** (נתון מזהה ייקרא להלן גם: "**כתובת IP**") לכל משתמש המתקשר עמו. **כתובת IP** מהווה מספר אשר דרכו ניתן לאתר ולזהות את ציוד הקצה הנמצא ברשותו של המשתמש ברשת האינטרנט.

⁵ חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

⁶ להרחבה בנושא ראו: מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב, 51, 62-56 (2010).

דצמבר 2021

באשר לאנונימיות המשתמשים באינטרנט, יש לציין כי ככל שמדובר במשתמש פרטי הכתובת הניתנת לו משתנה מעת לעת כך שכתובת IP אינה מזהה חד-ערכי לזיהוי משתמש באינטרנט. מעבר לכך, גם במידה שאפשר לשייך כתובת IP למחשב מסוים, עדיין אין הדבר אומר שאפשר לשייך את המחשב למשתמש מסוים. זאת, משום שאפשר לגלוש באמצעות שרתי proxy שאינם שומרים את נתוני הגלישה של המחשבים שהתקשרו דרכם אל האינטרנט; לגלוש דרך רשתות ביתיות שמחוברים אליהן כמה מחשבים; לגלוש דרך רשתות אלחוטיות (wireless) ציבוריות (למשל של מקום העבודה ושל ספרייה ציבורית); וכדומה. יתר על כן, משתמש יכול להשתמש בשירותים המגבירים את האנונימיות שלו כמו למשל להשתמש בכאלו המציעים כתובת IP דינמית המשתנה מעת לעת ומעלימה את כתובת ה-IP האמיתית של המחשב ברשת או להשתמש בשיטות של Onion routing המסווים את המסר המועבר מגולש מסוים באמצעות העברתו דרך שרשרת של מחשבים כך שלא ניתן לאחזר בדיעבד את מקור ההתקשרות.⁷ עם זאת, הטכנולוגיות מקדמות הפרטיות של האינטרנט ולכן השימוש הפרטני בהם הופך אותם לפתרון חלקי בלבד לשוחרי האנונימיות.⁸

וידגש, כי כתובת IP אינה כתובת של אדם אלא כתובת של מחשב או מכשיר מסוים. מעבר לכך, כתובת IP אינה מוכרחה להיות כתובת של מכשיר ספציפי אלא יכולה להיות כתובת של נתב אלחוטי המשמש עשרות אם לא מאות משתמשים שונים המחוברים אליו. נתבים שכאלו בדרך-כלל עושים שימוש בטכנולוגיה הנקראת Port Forwarding במסגרתה כל מי שגולש באמצעות אותו הנתב מזהה על ידי כתובת ה-IP של הנתב, שכאמור משותפת למספר רב של גולשים, ולא באמצעות כתובת ה-IP של המכשיר הספציפי. בכל אופן, רק ספקית האינטרנט יכולה לחבר בין כתובת ה-IP לבין המחשב אליו היא משויכת מאחר ורק אצלה יש גם את תיעוד כתובות האינטרנט אותן היא מקצה, וגם את פרטי הגולשים בעלי המנוי שלהם הוקצתה הכתובת.⁹ לסיום נבקש להפנות את תשומת הלב גם לאפשרות הטכנולוגית שמסתירה את כתובת ה-IP מספקי האינטרנט עצמם. כשמשתמש מחובר לשירות VPN, הפעילויות שלו ברשת מוצפנות וכתובת ה-IP שלו מוסתרת גם מספקי האינטרנט כך שספק האינטרנט חשוף רק לתעבורה מוצפנת שעוברת דרך שרת ה-VPN.¹⁰

כמבואר, העולם הטכנולוגי עובר שינויים משמעותיים בפרקי זמן קצרים. כפי שיוסבר להלן, חלף כמעט עשור מאז ניסיון החקיקה הקודם בענייננו. משכך, עוד בפתח הדברים נמליץ לוודא את קיומה של האפשרות הטכנית-טכנולוגית לחשיפת פרטי המעוולים לכאורה, בהתאם להתפתחויות הטכנולוגיות שתוארו לעיל – למשל, שימוש בשירות VPN – וזאת בכדי לוודא שככלל, ההסדר יעניק אפשרות לסעד במקרים מתאימים, והעדר אפשרות לחשיפת האנונימיות יהיה החריג לכלל.

7 חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עברות ביטוי במרחב הסייבר" משפט וצדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 691, 699-698 (אלון הראל עורך, 2017).

8 חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 30-38 (2015).

9 "איך שומרים על אנונימיות ברשת ואיך מתגברים עליה" דודי פרח – משרד עורכי דין

<http://dp-law.co.il/%D7%A9%D7%95%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D-%D7%A2%D7%9C-%D7%A0%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%9E%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%A8%D7%A9%D7%AA-%D7%95%D7%90%D7%99%D7%A9-%D7%9E%D7%AA%D7%92%D7%91>

10 ענר שריד "מה זה VPN ואיך זה פועל? מדריך למתחילים (2021)" WizCase (1.12.2021) <https://he.wizcase.com/blog/%D7%9E%D7%93%D7%A8%D7%99%D7%A-%D7%94-vpn-%D7%9C%D7%9E%D7%AA%D7%97%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%9D-%D7%92%D7%9E%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%9D>

פרק שלישי – דין ישראלי: הפסיקה והספרות המשפטית

בפרק זה נבקש לסקור את התייחסות הספרות המשפטית והפסיקה לסוגיית חשיפת האנונימיות. בכך, נבאר את המציאות השוררת ביחס להתנגשות הזכויות בה עסקינן, ונבחן את השיקולים כבדי המשקל עליהם יש לתת את הדעת בבואו של המחוקק להסדיר את הנושא מבחינה רגולטורית.

1.ג חופש הביטוי ברשת

חופש הביטוי הוכר כזכות יסוד בשיטת המשפט הישראלית כ"ציפור נפשה של הדמוקרטיה"¹¹. אף אם טרם עוגן במפורש ככזה בחקיקה, בפסיקותיו של בית המשפט העליון ניתן לחופש הביטוי משקל רב.¹²

השימוש הנרחב ברשת האינטרנט וברשתות החברתיות, הנגישות למידע, האפשרות לשתף במידע, והמהירות בה הוא עובר ממשתמש למשתמש, מעלה את שאלת גבולותיו הראויים של חופש הביטוי באינטרנט והיכולת לאכוף גבולות אלה.¹³ שיטת המשפט הישראלית מכירה בהגבלות על חופש הביטוי בתקשורת הכתובה והמשודרת, אך טרם הוכרו מגבלות ייחודיות על חופש הביטוי של המשתמש ברשת האינטרנט.¹⁴ דהיינו, כיום החוקים המגבילים את חופש הביטוי ברשת האינטרנט הם החוקים הכלליים החלים על כל ביטוי של אדם בישראל, למשל, חוק איסור לשון הרע,¹⁵ וחוק הגנת הפרטיות.¹⁶

הדעות חלוקות לגבי שאלת היקף המרחב שיש להעניק לחופש הביטוי ברשת האינטרנט. מחד גיסא, יש הטוענים שיש להעניק לחופש הביטוי ברשת האינטרנט מרחב גדול. רשת האינטרנט מגוונת בדובריה, בתכניה ובריבוי ערוצי שיח. הגישה אליה פתוחה לכל, היא בינלאומית, מהירה וכן מאופיינת בכך כי היכולת לבחור את התכנים בה תלויה בידי המשתמש.¹⁷ לעומת רשת האינטרנט, שאר ערוצי התקשורת – כמו הרדיו והטלוויזיה – מוגבלים במשאבי ערוצים ותדרים, מאופיינים במעורבות גדולה יותר של המדינה, ואף מוגבלים יותר מבחינת יכולת ברירת התכנים מצד המשתמש. כמו כן, המשתמשים ברדיו או בטלוויזיה הינם פאסיביים לעומת רשת האינטרנט, בה המשתמשים מנווטים את דרכם. בכך מאפייניה של רשת האינטרנט שונים משאר ערוצי התקשורת, באופן שמצדיק מתן מרחב גדול לחופש הביטוי, לפי דעת השופט חשין בעניין **ש"ס נ' פינס**.¹⁸

כמו כן, יש הרואים ברשת האינטרנט כזו המגשימה את הרעיון הדמוקרטי של "כיכר העיר", ויוצרת מרחב וירטואלי שבו כל אחד יכול לקחת חלק במרחב הציבורי. המסגרת האינטרנטית מאפשרת לכל אדם להשתתף במסגרות שיח וליצור משמעות לחייו, ומכאן שראוי לאפשר לחופש הביטוי הגנה רחבה יותר מזו הקיימת בערוצי תקשורת אחרים.¹⁹

¹¹ ר' למשל ע"פ 255/68 **מדינת ישראל נ' בן משה**, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968).

¹² יובל קרניאל "חופש הביטוי באינטרנט" עלי משפט (1999) 163, 167 (1) (להלן: קרניאל, חופש הביטוי).

¹³ שם, בעמ' 164.

¹⁴ שם, בעמ' 164.

¹⁵ חוק איסור לשון הרע.

¹⁶ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

¹⁷ קרניאל, חופש הביטוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 187.

¹⁸ תבי"מ 16/2001 **ש"ס התאחדות ספרדים עולמית שומרי תורה נ' פינס ואח'** פ"ד נה(3) 159 (2001). באותו עניין סיעת ש"ס בכנסת עתרה לבג"ץ על מנת לאסור על חבר הכנסת דאז אופיר פינס להפיץ תעמולת בחירות באינטרנט, תוך היקש מחוק התעמולה, לפיו אסור להפיץ תעמולת בחירות בטלוויזיה או ברדיו.

¹⁹ ניבה אלקין קורן "המתווכים החדשים בכיכר השוק הווירטואלית" משפט וממשל (ו) 381, 382-381 (2003).

דצמבר 2021

מאידך גיסא, יש הטוענים כי יש להחיל את ההגבלות הכלליות הקיימות בחקיקה הנוגעות לחופש ביטוי גם על רשת האינטרנט. יתרה מכך, אף יש הטוענים שיש להצדיק הגבלה רחבה יותר של הביטוי ברשת האינטרנט מזו הקיימת באמצעי התקשורת האחרים; כאמור לעיל, רשת האינטרנט מאופיינת בנגישות רבה למידע, "כפר גלובלי" הזמין לעיני כל מבקש והעובר במהירות בין משתמשים. המאפיינים הייחודיים הללו, לעומת אינטראקציה בין-אישית ולעומת אמצעי תקשורת אחרים, גורמים לכך שפוטנציאל הפגיעה של רשת האינטרנט עולה, ומכאן הגיונית הטענה שיש להחיל הגבלה רחבה על חופש הביטוי במסגרתה.²⁰

2.2 הזכות לאנונימיות והזכות לשם טוב

העמדות הבולטות לגבי הזכות לאנונימיות מצויות בפסק דין רמי מור.²¹ השופט ריבלין מייחס את הזכות לאנונימיות לחופש הביטוי ולזכות לפרטיות ומוכן להכיר בה כזכות עצמאית. לעומתו, השופט רובינשטיין רואה בזכות לאנונימיות כחלק בלתי נפרד מחופש הביטוי וככזו היא אינה בעלת מעמד עצמאי.

יש התופסים את האנונימיות כחלק מהותי מתוכן הביטוי, מהבחינה שהאנונימיות מאפשרת להתבטא בצורה חופשית וללא מסננות, והן מהבחינה שקריאת הביטוי האנונימי מאפשרת לקורא הבוחן את הביטוי להיוותר ניטראלי, שכן אינו יכול להיות מוטה על ידי זהות הדובר.²²

האנונימיות ברשת האינטרנט היא אחד מעמודי התווך שלה, ונתפסת כלגיטימית ומקובלת.²³ אין חולק כי היכולת לפעול באנונימיות משרתת תכליות חשובות בכל הקשור לחופש ביטוי ולזכות לפרטיות. אולם, עולה החשש שמא גולשים ברחבי האינטרנט ינצלו לרעה את האפשרות "להיות רואה אך אינו נראה" ולפגוע בשמם הטוב של אחרים.²⁴ בעניין סנש נקבע ש"הזכות לשם טוב של אדם היא ערך יסודי בכל משטר דמוקרטי. היא תנאי חיוני לחברה שוחרת חירות".²⁵ כפי שיבואר להלן בפרק הרביעי, חוק איסור לשון הרע קובע את המצבים בהם תועדף הזכות לשם טוב על אף חשיבותה המהותית של הזכות לחופש ביטוי, במסגרת האיזון הראוי בין הזכויות.

3.3 זכות הנפגע לסעד

נוסף על זכותו של הנפגע לשם טוב, קיימת זכות כללית לפיה יש לכל אדם זכות לקבלת סעד בגין פגיעה בזכות חוקתית. זכות הנפגע לסעד היא כשלעצמה זכות חוקתית.²⁶ בענייננו, נשאלת השאלה מה הטעם של זכות זו אם הנפגע אינו יכול לממשה במצב של עוולה ברת-פיצוי שבוצעה על-ידי פוגע אנונימי שלא ניתן למצאו.²⁷ בהלימה, ניתן לראות באי האפשרות לקבל סעד גם כפגיעה בזכות הגישה לערכאות.²⁸ במקרה הרגיל בו ידועה זהות הנתבע הפוגע, והתובע הנפגע רוצה לתבוע את הפוגע בעילת לשון הרע, הנטל מוטל עליו להוכיח יסודות העוולה. אולם, מאחר שעסקינן בפוסט

²⁰ ע"א (ת"א) 2319/08 פלוני נ' פלוני, פסי' 28 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנוב 01.06.2011).

²¹ רע"א 4447/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ פ"ד סג(3) 664 (2010) (להלן: מור בעליון).

²² אורי בירנהק "גבולות האנונימיות של ה"אחד שיודע" הארת דין (1) 1 (התשס"ט) (להלן: אחד שיודע).

²³ יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט – בין חופש ביטוי להפקרות" עיתונות דוט.קום העיתונות המקוונת בישראל 85, 89 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, התשס"ז) (להלן: אנונימיות ולשון הרע באינטרנט).

²⁴ אמל גיברין ויצחק כהן "חשיפת זהותם של מעוולים אנונימיים באינטרנט – נקודת מבט מוסדית" מחקרי משפט כח 7, 8-9 (2012) (להלן: גיברין וכהן, נקודת מבט מוסדית).

²⁵ בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832 (1999).

²⁶ אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 301 (2017).

²⁷ מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 367 (תשע"א) (להלן: בירנהק, מרחב פרטי).

²⁸ שם, בעמ' 368.

דצמבר 2021

שחובר בידי משתמש אנונימי, עומד בפני התובע מחסום טכני, שכן אין לו איך לעמוד על זהותו של אותו משתמש, באופן שיוצר "מחסום משפטי" המונע את הגשת התביעה.²⁹

מעבר לכך, לשאלת זהות הנתבע אף חשיבות בידי לשון הרע. דיני לשון הרע מאזנים בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב ועושים זאת באמצעות שאלות שבית המשפט נדרש להכריע בהן, למשל: האם מדובר בפרסום משפיל ומבזה,³⁰ האם עומדת לנתבע אחת ההגנות המנויות בחוק, ביניהן הגנות בדבר "אמת בפרסום" או "תום הלב",³¹ וכדומה. מאחר שבית המשפט נדרש לבחון את אותן הגנות העשויות לעמוד לפוגע, קשה לראות כיצד ניתן לבחון זאת כאשר הנתבע אנונימי ואינו נמצא בפני בית המשפט.³² לכן לזהות הנתבע יש חשיבות בידי לשון הרע, הנובעת מהאיונים הנעשים על ידי בית המשפט בבואו לקבוע האם אכן הפגיעה בשם הטוב גוברת על חופש הביטוי.

4.ג. חשיפת אנונימיות

רשת האינטרנט ידועה ומאופיינת בכך כי השיח המתקיים בה במקרים רבים עלול להיות פוגעני ומבזה, וזאת בין היתר בשל האפשרות להסתתר במסווה האנונימיות ברשת.³³ פרסומים פוגעניים רבים היכולים להתקיים ברשת האינטרנט לרוב לא יקבלו מקום באמצעי תקשורת אחרים כמו הרדיו, הטלוויזיה והעיתונות הכתובה, שכן פרסומים פוגעניים אלה כנראה יקימו פיצוי לנפגע, מכוח חוק איסור לשון הרע.³⁴ חוק איסור לשון הרע חל גם על פרסומים ברשת האינטרנט, אך כאשר מדובר בפרסום אנונימי, נוצר מצב שבו הנפגע עומד מול שוקת שבורה, שכן אינו יודע מיהו אותו מפרסם, ובכך אין באפשרותו להביא את העמדתו לדין. כאמור, רשת האינטרנט כמו שהיא כיום איננה אנונימית לגמרי. היא מאפשרת לעיתים עקיבה באמצעות טכנולוגיית כתובת ה-IP. הגורמים היחידים שיכולים לזהות את מקור כתובת ה-IP הם ספקי רשת האינטרנט, כאשר במקרים מסוימים גם להם לא עומדת אפשרות זו. מכאן מתעוררת השאלה האם ראוי לאפשר את החשיפה אם לאו ולהביא את הפוגע לדין,³⁵ ובמידה שהתשובה לשאלה זו חיובית במצבים מסוימים – מהם אותם מצבים שבהם ראוי לחשוף את זהות הפוגע לכאורה לשם ניהול התביעה.

אחת הטענות נגד חשיפת זהותם של גולשים אנונימיים לצורך הגשת תביעה היא שזו תגרום "לאפקט מצנן" שירתיע את המפרסמים מלהתבטא.³⁶ חשש מאפקט מצנן זה מתחזק נוכח חשיבות הפורום האנונימי ברשת האינטרנט כפורום ציבורי חיוני לדמוקרטיה. מנגד, כאמור לעיל, הזכות לשם הטוב של האדם היא שיקול מרכזי באפשרות חשיפת המעוול האנונימי. בנוסף, יש הסבורים שהאנונימיות עלולה להוות "עיר מקלט" למעוולים, ועל כן אין להגן עליה בכל מחיר.³⁷

לאור זאת, האיזון המתבקש בין חופש הביטוי לזכות הנפגע לסעדים על פגיעה בזכויותיו תושג באמצעות בקרה משפטית על טענות הנפגע אשר תמנע הרתעת יתר של מפרסמים אנונימיים מפני התבטאות חופשית.

²⁹ גיברין וכהן, נקודת מבט מוסדית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 9.

³⁰ סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע.

³¹ סעיפים 13-15 לחוק איסור לשון הרע.

³² בירנהק, מרחב פרטי, לעיל ה"ש 27, שם.

³³ אנונימיות ולשון הרע באינטרנט, לעיל ה"ש 23, בעמ' 86.

³⁴ חוק איסור לשון הרע.

³⁵ בירנהק, מרחב פרטי, לעיל ה"ש 27, עמ' 386.

³⁶ אחד שיועד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 11.

³⁷ גיברין וכהן, נקודת מבט מוסדית, לעיל ה"ש 24, שם.

מטרת הסקירה להלן היא בחינת המקרים בהם הפסיקה אפשרה חשיפת גולשים אנונימיים ברשת. עד לדיון בבית המשפט העליון **בעניין מור**,³⁸ ננקטו גישות שונות בשאלת החשיפה שנידונה בערכאות הנמוכות ואף היו מקרים בהם הורו על חשיפה כזו. אולם, כפי שנראה, פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין מור סתם את הגולל על האפשרות להורות בצו שיפוטי על חשיפת גולשים אנונימיים.

הגישות בפסיקה עד לפסק הדין בעניין מור

עד לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין מור,³⁹ נידונה בפסיקה שאלת חשיפת גולשים אנונימיים ברשת וניתן היה לזהות **שלוש גישות** שונות שהובאו בערכאות הנמוכות.

הגישה הראשונה והמחמירה ביותר הינה הגישה של השופטת אגמון-גונן **בעניין בזק בינלאומי**.⁴⁰ לפי גישתה, הוראה בדבר חשיפת זהותו של מפרסם אנונימי באינטרנט תינתן רק כאשר נראה חשש של ממש כי לשון הרע מגיעה לרף פלילי. באותו עניין, ביקשו התובעות – עובדת מדינה ובתה – להורות לספקי האינטרנט לחשוף את זהות הגולשים האנונימיים שפרסמו דברי לשון הרע כלפיהן בתגובות לכתבה באתר אינטרנט. התגובות כללו השמצות כלפי הרגליה המינייים לכאורה של עובדת המדינה והאשמות בדבר גניבת כספים על ידה. בית המשפט קבע כי במקרים חריגים הזכות לחופש ביטוי תיסוג מפני אינטרס שעומד מנגד, למשל אינטרס של הגנת הציבור.⁴¹ כלומר, חופש הביטוי של גולש יוגבל רק במקרים בהם עשויה לקום אחריות פלילית למעשיו.⁴² לפיכך, מדובר ברף גבוה, שכן הוא מחייב הוכחת כוונה לפגוע. למרות הרף הגבוה, באותו עניין אושרה בקשתן של התובעות להורות לספקיות האינטרנט לחשוף את פרטי הגולשים המצויים ברשתן, שכן נמצא חשש ממשי שעשויה לקום אחריות פלילית למפרסם.

בפסק דין נוסף של השופטת אגמון-גונן, **בעניין סבו נ' ידיעות תקשורת**, חזרה השופטת על עמדתה העקרונית שנקבעה בפרשת בזק בינלאומי, אלא שבאותו עניין קבעה כי אין להורות על חשיפת פרטי הגולש האנונימי.⁴³ מדובר היה בבקשה של עו"ד סבו, איש ציבור שהתמודד לרשות עיריית קריית אונו, להורות על חשיפת גולש אנונימי שלטענתו פגע בשמו הטוב במסגרת פורום באינטרנט. השופטת אגמון-גונן ביקשה להבחין בין פרסום תגובות של חשיפת שחיתויות לכאורה לבין השמצת עובדת מדינה בעניינים פרטיים, כך שבמקרה של חשיפת שחיתויות לכאורה של איש ציבור, ככלל יש להעדיף את חופש הביטוי.⁴⁴

גישה שנייה ומקלה יותר של השופט עמית מצויה בעניין מור בבית המשפט המחוזי בחיפה.⁴⁵ במסגרת פורום באתר אינטרנט, פורסמו הודעות אנונימיות לגבי מר רמי מור (להלן: המבקש). המבקש סבר כי הודעות אלו הוציאו את דיבתו רעה וביקש להגיש בגינת תביעת דיבה אזרחית לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. דא עקא, שהמבקש לא ידע את זהות האדם שפרסם אותן הודעות אנונימיות. לכן, המבקש פתח בהליכים כנגד חברת ברק, שהיא ספקית הגישה לאינטרנט,

³⁸ מור בעליון, לעיל ה"ש 21.

³⁹ שם.

⁴⁰ בשי"א (י-ם) 4995-05 פלונית נ' בזק בינלאומי בע"מ (פורסם בנבו 28.02.2006).

⁴¹ שם, בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

⁴² שם.

⁴³ ה"פ (ת"א) 541/07 עו"ד יעקב סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (פורסם בנבו 11.11.2007).

⁴⁴ שם, בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

⁴⁵ ברי"ע (מחוזי חיפה) 850/06 מור נ' ידיעות אינטרנט מערכות אתר YNET - מערכת הפורומים (פורסם בנבו 22.04.2007) (להלן: מור במחוזי).

דצמבר 2021

ודרש כי זו תגלה את הנתונים שברשותה (פרטי כתובת ה-IP) אשר יאפשרו לחשוף את זהות האנשים שהוציאו דיבתו של המבקש רעה.

בדיון בבית משפט השלום נדחתה הבקשה,⁴⁶ אך בבקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי נקבע רף נמוך יותר מזה שנקבע בעניין בזק בינלאומי. לפי גישת השופט עמית, אין לתחום את אפשרות חשיפת זהות מעולים אנונימיים ברשת רק למקרים של חשש לאחריות פלילית. נקבע כי על המבקש להראות קיומו של "דבר מה נוסף", ולשם כך הציע מבחנים גמישים: בחינת תום ליבו של המבקש וקביעה שיפוטית כי לא מדובר בשימוש לרעה בהליכי משפט; הוכחת סיכויי תביעה טובים (האם הביטוי חרג מהבעת דעה מותרת ועשוי להוות לשון הרע); סוג הביטוי (ככל שמדובר בביטוי הפוגע בכבודו ובפרטיותו של אדם פרטי, בית המשפט יטה לחשוף זהותו של המפרסם. אולם, ככל שמדובר בהתבטאות בתחום הפוליטי-ציבורי, בית המשפט לא יחשוף את זהות המתבטא האנונימי); זהות המבקש (האם התובע הוא אישיות ציבורית); עוצמת הביטוי הפוגע; משך הפרסום; טיבו של האתר בו פורסם הביטוי; האם קורא סביר ייתן משקל ומשמעות לביטוי; האם חשיפת הזהות עומדת במבחן המשנה השלישי של מבחן המידתיות, קרי האם התועלת בחשיפה עולה על הנזק.⁴⁷

נוסף על המבחנים המהותיים שנקבעו, השופט עמית קבע מבחנים דיוניים, לפיהם על התובע לפעול בטרם חשיפת זהות המפרסם, למשל: פנייה לגולש האנונימי באותו אתר ויידוע לגבי כוונתו לחשוף את זהותו; כמו כן יידוע המפרסם כי ביכולתו לפנות לבית המשפט במעמד צד אחד מבלי לחשוף את זהותו כדי שיוכל להתנגד לבקשה. בנוסף, לגישתו של השופט עמית, המבקש צריך לשאת בכל העלויות הכרוכות בהליכים לבקשת חשיפה המידע, וביהמ"ש יכול בכל שלב לדחות את הבקשה, וזאת גם בהתחשב בקשיים טכניים שעשויים להתגלות.⁴⁸

למרות עמדתו המאפשרת, במקרים מסוימים, לחשוף אנונימיות לשם תביעה אזרחית, השופט עמית בעניין מור נמנע מלהורות על חשיפת פרטיו של הגולש האנונימי וקבע כי תחולת ההלכה תחול מכאן ואילך.⁴⁹

הגישה השלישית והמקלה אף יותר של השופטת פלפל מצויה בפסק הדין **בעניין מזמור**.⁵⁰ גישה זו נסמכה על נוסח הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2013,⁵¹ וקבעה כי עלת התביעה צריכה לעבור סף של "חשש סביר". באותו עניין, פורסמו תגובות לכתבה באתר האינטרנט של המשיבה, לפיהן מיוחסות למבקשת טענות על מתן שוחד, דהיינו – פרסום הנוגע ישירות למשלח ידה ופרנסתה. יישום גישתה המקלה של השופטת פלפל באותו עניין הביא להוראה על חשיפת זהות הגולשים האנונימיים.

פסק דין מור

בערעור על פסק דינו של השופט עמית **בעניין מור** לבית המשפט העליון, בית המשפט דחה את קביעתו ופסק כי לא קיימת מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי באינטרנט, ואין "להמציא" מסגרת כזו "בחקיקה שיפוטית" (להלן: "**הלכת מור**").⁵² פסק

⁴⁶ ת"א (קריית) 4815-02-09 **רמי מור נ' ידיעות אינטרנט - מפעילת אתר ווי** – נט (פורסם בנבו 13.09.2009).

⁴⁷ **מור** במחוזי, לעיל ה"ש 45, בפס' 38 לפסק דינו של השופט עמית.

⁴⁸ שם, בפס' 40 לפסק דינו של השופט עמית.

⁴⁹ שם, בפס' 50 לפסק דינו של השופט עמית.

⁵⁰ ה"פ (מחוזי ת"א) 1244/07 **מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ** (פורסם בנבו 20.03.2008).

⁵¹ סעיף 13 להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, ה"ח 356.

⁵² **מור** בעליון, לעיל ה"ש 21.

דצמבר 2021

הדין למעשה סתם את הגולל על האפשרות לחשוף את זהות המעוול האנונימי, והותיר את הקביעה בעניין למחוקק.

אמנם, לפי הלכת מור, במקרה של בקשה לחשיפת זהותו של גולש אנונימי, בית המשפט לא יורה על מתן צו לחשיפת זהותו; ואולם, נפסק כי "כאשר מתבצעת באינטרנט עוולה שהיא גם עבירה, קיימת אפשרות לנפגע להגיש תלונה, וחזקה על רשויות האכיפה שתפעלנה את סמכויות החקירה והבדיקה המסורות להן מכוח הדין; הן ולא בית המשפט".⁵³ בהלימה, כעבור מספר שנים, בית המשפט העליון דחה את עתירתה של פלונית על הסף במסגרת עתירתה לביטול הלכת מור, כאשר סרטון אינטימי שלה הופץ ברחבי רשת האינטרנט, והפנה אותה לרשויות האכיפה (להלן: "עניין פלונית").⁵⁴

המצב הפסיקטי לאחר הלכת מור

הפסיקה שלאחר הלכת מור יישמה ברובה את ההלכה,⁵⁵ אך לצד זאת בתי המשפט הכירו באפשרות למתן צו בדבר חשיפת פרטים מסוימים, בייחוד בהקשר של חשוד ספציפי.⁵⁶ כך, במקרים בהם התובע חשד בגולש ספציפי החשוד בפרסום הודעות מכפישות, בית המשפט נתן צו המורה לספק האינטרנט להשיב לתובע האם פרטי החשוד הנתבע זהים לפרטי הגולש שפרסם את הפרסום המעוול, המצויים בידי אותו ספק.⁵⁷ כלומר, כשמדובר בנתבע גולש ספציפי החשוד בהפצת פרסום מעוול, בית המשפט רשאי להורות במסגרת "צו בינארי" על חשיפתו של אותו גולש נתבע.

במקרה של חשוד ספציפי כאמור, נקבע שהנטל על התובע להביא ראיה התומכת בטענתו כי החשוד הנתבע הוא שפרסם את הפרסום המעוול, ומשלא יורם נטל זה, בית המשפט לא יורה על מתן צו כללי לחשיפת זהות המפרסם, בהתאם להלכת מור.⁵⁸

דרך נוספת לחשוף פרטי משתמש אנונימי עשויה להיות במסגרת הליכי גילוי מסמכים, במקרה בו הפלטפורמה המארחת (אתר האינטרנט שבו נעשה הפרסום) נתבעת כצד ישיר. למשל, כאשר נעשתה פניה לפלטפורמה המארחת להסיר פרסום מכפיש במסגרת נוהל "הודעה והסרה"⁵⁹, וזו סירבה לכך, ניתן יהיה לצרפה כנתבעת ולדרוש ממנה את פרטי המעוול הפוגע במסגרת הליך של גילוי מסמכים, וזאת גם כאשר אין מדובר בחשוד ספציפי. כך למשל בעניין **facebook נ' גרנות**, בו פייסבוק עצמה נתבעה כצד, נדחתה בקשת רשות ערעור אשר הורתה לפייסבוק, במסגרת בקשה לגילוי מסמכים, לחשוף פרטי משתמש שפרסם פרסומים שלטענת התובעת, מהווים לשון הרע.⁶⁰

לסיכומם של דברים עד כה. אמנם, בעניין פלונית העותרת יכלה לפנות לרשויות האכיפה, שכן מדובר היה במעשה העולה לכדי הגשת תלונה פלילית. ואולם, ניתן לחשוב על מקרים אחרים – שאינם עומדים ברף הפלילי (ומשכך גם אינם עומדים ברף הפלילי הנדרש להגשת תלונה, להבדיל מהרשעה) אך עוברים את רף מאזן ההסתברויות האזרחי – בהם למרות הפגיעה, הדין לא מאפשר

⁵³ שם, בפס' 36 לפסק דינו של השופט ריבלין.

⁵⁴ בג"ץ 589/17 פלונית נ' הכנסת (פורסם בנבו 26.01.2017) (להלן: עניין פלונית).

⁵⁵ ע"א 1622/09 גוגל ישראל בע"מ נ' ברוקרטוב (נבו 1.7.10); ה"פ (שלום חי) 7158-02-10 וידה משעור נ' Google inc (פורסם בנבו 28.6.10).

⁵⁶ תא"מ (שלום פ"ת) 14089-08-09 אבירם אוהד פאי נ' שלומי פנחס (פורסם בנבו 26.05.2011) (להלן: עניין פנחס). שם.

⁵⁷ ת"א (שלום רח'י) 31435-01-17 אבי נבון נ' וואלה! תקשורת בע"מ (פורסם בנבו 04.05.2017).

⁵⁹ נוהל שהתפתח בפסיקה האמריקאית וחדר לפסיקת בית המשפט הישראלי. הנוהל קובע כי ספק אינטרנט לא יהיה אחראי לגבי פרסום פוגע בהקשר של הפרת זכויות יוצרים ופרסום לשון הרע שהועלה לרשת על ידי צד ג', אם וכאשר הצד הנפגע מתלונן על כך ודורש את הסרת הפרסום.

⁶⁰ רע"א (מחוזי ת"א) 43901-10-19 facebook Ireland limited נ' עליזה זיידלר גרנות (פורסם בנבו 26.02.2020).

דצמבר 2021

לנפגעים לחשוף את זהותם של המעוולים ולנהל מולם תביעה. מאז הלכת מור עבר חלף לו עשור שלם. מהסקירה שלעיל ניכר כי למעט מקרים נדירים בהם קיים חשד ספציפי לגבי זהות המעוול או תביעות שבהן הפלטפורמה המארחת גם היא צד להליך, המצב המשפטי הקיים **חוסם נפגעים רבים** מפרסומים פוגעניים ברשת מהאפשרות למצות את זכויותיהם. משכך, ניכר שקיים צורך ציבורי אמיתי בהסדרת הסוגייה של חשיפת מעוולים אנונימיים מצדו של המחוקק. לכן, נפנה כעת לבחינת ניסיונות הסדרת הסוגייה בחקיקה מאז הלכת מור.

פרק רביעי – דין ישראלי: חקיקה

בפרק זה נסקור את המצב החקיקתי כיום; קרי, את עיגונו הנוכחי של הזכויות שעומדות מחד לאדם הנפגע, המבקש לחשוף את זהות המעוול ומאידך את זכויותיו של המעוול האנונימי. בנוסף, יפורטו ניסיונות החקיקה הקודמים שהתיימרו להסדיר את הסוגייה. הסקירה תאפשר הבנה מיטבית של משמעות השינוי המוצע ותאפשר דיון מעמיק בשאלת האיזונים הראויים בין הזכויות המתנגשות וכן הצעת פתרונות לאור ניסיונות החקיקה שבוצעו בעבר.

1.1 חוק איסור לשון הרע והזכות לשם טוב

כמפורט לעיל, לאדם עומדת הזכות לשם טוב שהוכרה כערך יסוד בשיטתנו המשפטית.⁶¹ בהלימה, הזכות זכתה להגנה בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק איסור לשון הרע**").⁶²

לפי חוק איסור לשון הרע, פרסום לשון הרע יכול לעלות לכדי עוולה אזרחית⁶³ ואף לכדי עבירה פלילית שעונשה המקסימלי הוא שנת מאסר.⁶⁴ החוק מאפשר לאדם לתבוע דיבתו ומעניק סמכות לבית המשפט לחייב את הנתבע בתשלום פיצויים בגין פרסום "לשון הרע".⁶⁵ החוק חוסה ומעניק הגנה לנפגע בשל ביטויים נגדו אשר עלולים להשפילו בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבזו או ללעג מצדם; ביטויים שעולים לכדי ביזוי בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לנפגע; ביטויים שעלולים לפגוע במשלה ידו או עסקו של הנפגע; ביטויים שעלולים לבזות את הנפגע בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו.⁶⁶ בחוק איסור לשון הרע מפורטות הגנות לנתבע בשל ביטויים שנמצא שעולים לכדי "לשון הרע";⁶⁷ ביניהן, הגנת "אמת בפרסום" הדורשת שהפרסום יהיה "אמת" ובעל עניין ציבורי,⁶⁸ וכן הגנת "תום הלב", המפרטת נסיבות שבהן הפרסום בתום לב יספק הגנה לנתבע.⁶⁹ כמו כן, במסגרת לפסיקת הפיצויים לתובע וביחס לגובה הפיצוי, בית המשפט רשאי להתחשב בשיקולים שונים – האם לשון הרע הייתה חזרה על שנאמר; האם ניתנה התנצלות; האם המפרסם היה משוכנע באמיתות הלשון.⁷⁰ ההגנות הנ"ל מדברות בעד עצמן ומבטאות האיזון הנדרש בין הזכות לשם טוב של התובע מחד לבין חופש הביטוי של הנתבע מאידך. שהרי, ככל שתחולתו של חוק איסור לשון הרע תהיה רחבה יותר, כך יגבר האפקט המצנן על חופש הביטוי.

⁶¹ דנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, פ"ד (נב) 1, 74.

⁶² ס' 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

⁶³ שם, בס' 7.

⁶⁴ שם, בס' 6.

⁶⁵ שם, בס' 7א.

⁶⁶ שם, בס' 1.

⁶⁷ שם, בס' 13-15.

⁶⁸ שם, בס' 14.

⁶⁹ שם, בס' 15.

⁷⁰ שם, בס' 19.

דצמבר 2021

בעת הנוכחית, כמפורט לעיל, במידה שהנפגע סבור שמידע שהופץ עליו ברשת האינטרנט באופן אנונימי יכול לעלות לכדי עוולה אזרחית בגין לשון הרע, לא קיימת מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של הגולש האנונימי לשם ניהול התובענה. כך, רק כאשר הפרסום עובר את הרף הפלילי, ניתן לפנות לרשויות האכיפה שיפעלו לחשיפת פרטי החשוד.⁷¹

יצוין בקליפת אגוז, כי לשם שפרסום אנונימי באינטרנט יעבור את הרף הפלילי, רשויות האכיפה צריכות להשתכנע בכך שיש במקרה משום צורך לפתיחה בחקירה בהינתן יסודות העבירה הרלוונטית. כך למשל, בעבירה פלילית לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע נדרש יסוד נפשי של "כוונה לפגוע". בהלימה, בעבירה לפי סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 נדרשת "פגיעה במזיד בפרטיות הזולת". דהיינו, רק בהינתן רף גבוה זה, ולא כל שכן – רק בהינתן שקצין משטרה השתכנע בכך שמדובר בעבירה לכאורה שיש לחקרה, או אז יעשה שימוש בסמכותו לפי סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) ויוכל להורות לספק השירות לחשוף את פרטי המפרסם. מובן, שאין ברף הגבוה ובפרוצדורה סבוכה זו בכדי לתת מענה לכלל המקרים המהווים "לשון הרע" בדין הישראלי – מקרים הנופלים בגדרה של עוולה אזרחית ברת פיצוי.

2.ד עיגון בחקיקה של זכויות המפרסם האנונימי

הזכות לפרטיות והזכות לאנונימיות

לאדם בכלל ולגולשים ברשת האינטרנט בפרט עומדת הזכות לפרטיות ולאנונימיות. כמפורט לעיל, האנונימיות הינה מרכיב חשוב בזכות לפרטיות שכן היא מאפשרת לאדם "להיעזב לנפשו" ולהימנע מחשיפה אישית וממסירת מידע אודותיו שאותו הוא אינו מעוניין למסור.⁷² הזכות לפרטיות הוכרה כזכות-על חוקתית בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".⁷³ הסעיף מוסיף ומפרט פרטיות מהי, תוך ציון מספר מצבים של פגיעה בפרטיות, ביניהם כניסה לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו, עריכת חיפוש בגופו של אדם ופגיעה בסוד שיחו, בכתביו או ברשומותיו. יחד עם זאת, חוק היסוד קובע כי הזכות לפרטיות אינה זכות מוחלטת ותיתכן פגיעה בה במסגרת חקיקה, וזאת בכפוף לעמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה. ודוק: על החוק הפוגע בזכות להיות הולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ושהפגיעה תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.⁷⁴

עוד בטרם חקיקת חוק היסוד, עוגנה הזכות לפרטיות במסגרת **חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981**. החוק מגדיר מהי פגיעה בפרטיות וקובע כי פגיעה בה היא עוולה אזרחית,⁷⁵ ובתנאים מסוימים אף עבירה פלילית שעונשה המקסימלי הוא חמש שנות מאסר.⁷⁶ פגיעה בפרטיות בין השאר היא התחקות העלולה להטריד אדם; האזנה אסורה; פרסום תצלומו של אדם בנסיבות העלולות להשפילו; פרסום הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם; ועוד. אחד מעקרונות החוק הוא דרישת ההסכמה של הזולת "לפגיעה" בפרטיותו.⁷⁷ ההסכמה מוגדרת כהסכמה **מדעת, במפורש או מכללא**.⁷⁸ בין ההגנות לחוק הגנת הפרטיות – בהלימה לחוק איסור לשון הרע – נכללות הגנת "תום

⁷¹ מור בעליון, לעיל ה"ש 21, בפס' 22 לפסק דינו של השופט ריבלין.

⁷² שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופט ריבלין.

⁷³ ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁷⁴ שם, בס' 8.

⁷⁵ ס' 4 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

⁷⁶ שם, בס' 5.

⁷⁷ שם, בס' 1.

⁷⁸ שם, בס' 3.

דצמבר 2021

הלב" והגנת "אמת בפרסום", הדורשת שלפרסום עניין ציבורי המצדיק אותו בנסיבות הקונקרטריות.⁷⁹ החוק מפרט הקלות לגובה הפיצוי, לפי שיקולים דומים לאלו שפורטו לעיל ומעוגנים בחוק איסור לשון הרע.⁸⁰

חופש הביטוי

כאמור, יש בדרישה להסרת האנונימיות אפקט מצנן לחופש הביטוי. הזכות לחופש הביטוי בעלת מעמד חוקתי בשיטתנו, ועל אף שלא חוקקה מפורשות, פורשה על ידי הפסיקה כנגזרת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁸¹ מקובל כי היקף הזכות רחב וכולל כל ביטוי, תהא צורתו אשר תהא.⁸² אך ככל זכות חוקתית, ניתן להגביל את חופש הביטוי בכפוף לעמידה בפסקת ההגבלה וכן נדרש סטנדרט של "וודאות קרובה" לפגיעה ממשית ורצינית באינטרס מוגן אחר.⁸³

3.ד הצעות חוק בנושא חשיפת אנונימיות של מעוולים ברשת

בעבר הועלו הצעות חוק אשר ביקשו להתמודד עם הסוגייה. להלן סקירתן.

בתחילה, הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח–2008 הועלתה לשולחן הכנסת כהצעת חוק ממשלתית (להלן: "הצעת חוק מסחר אלקטרוני"). ההצעה הסדירה באופן חלקי את הנושא במסגרת סעיף 13 של ההצעה, אך נעצרה בהכנה בוועדת הכנסת לקראת קריאה שנייה ושלישית. הצעת החוק הוסרה משולחן הכנסת לאור מחלוקות בין ועדת המדע והטכנולוגיה לבין הממשלה ביחס להיקף החוק והנושאים שיכלול.⁸⁴ קדמה לה הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו–2005 אשר ניסתה להסדיר הנושא בסעיף 15 להצעה. בהמשך הועלתה הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשע"א–2011 אשר לא עברה את הדיון המוקדם במליאה (קריאה טרומית), והסדירה אף היא את הנושא בסעיף 12, בהתבסס על ההצעה משנת 2008. סעיף 13 להצעת חוק מסחר אלקטרוני מבהיר שספק אינטרנט יגלה פרטים אודות זהות מפיץ מידע רק אם נדרש לכך לפי הדין או צו בית משפט.⁸⁵ בית המשפט ייתן צו במידה שהשתכנע שתוכן המידע שהופץ מהווה עוולה נזיקית או הפרת זכות קניין רוחני כלפי המבקש.⁸⁶ עוד הוצע ששר המשפטים הוא שיקבע את הפרטים שיש לציין בבקשה לחשיפת מידע, סדרי הדין בה והתנאים שבהם יינתן הסעד.⁸⁷ במידה שניתן צו חשיפה, הפרטים אודות מפיץ המידע יועברו ישירות מספק האינטרנט למבקש.⁸⁸

בהמשך, הועלתה הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מעוול), התש"ע–2010. ההצעה הוגשה על-ידי חבר הכנסת זבולון אורלב. הצעה זו ביקשה להתמודד עם הבעיה באופן פרטני תוך הסדרה בחקיקה ראשית את סדרי הדין. בניגוד להצעת חוק מסחר אלקטרוני, היא אינה

⁷⁹ שם, בסי' 18.

⁸⁰ שם, בסי' 22.

⁸¹ ר' למשל בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015).

⁸² בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, סב(4) 715, פסי' 17 לפסק דינה של השופטת נאור, (2008).

⁸³ בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, סא(1) 1, פסי' 22 לפסק דינו של השופט ברק, (2006).

⁸⁴ מור בעליון, לעיל הי"ש 21, בפסי' 20 לפסק דינו של השופט ריבלין.

⁸⁵ סי' 13(א) להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח–2008, הי"ח הממשלה 356.

⁸⁶ שם, בסי' 13(ב).

⁸⁷ שם, בסי' 13(ג).

⁸⁸ שם, בסי' 13(ב).

דצמבר 2021

מתייחסת לפגיעה בקניינו הרוחני של הנפגע מפרסום המידע ומצמצמת הטיפול לפגיעה הנעשית דרך עוולת לשון הרע.

כך, ההצעה קובעת כי אדם אשר הופץ נגדו "לשון הרע" ברשת האינטרנט, רשאי להגיש המרצת פתיחה (הליך דיוני שבוטל בהמשך) כנגד ספק האינטרנט על מנת שזה יחשוף את פרטי המפיץ.⁸⁹ להמרצת הפתיחה יצורף תצהיר מטעם המבקש לפיו בכוונתו להגיש תביעה בגין עוולה של לשון הרע כנגד מפיץ המידע.⁹⁰ כדי למנוע מצבים בהם המבקש יעשה שימוש לרעה בהליך חשיפת הפרטים (למשל לצורכי נקמות) על בית המשפט להשתכנע כי קיים חשש שהמידע שפורסם מהווה לשון הרע. רק אז יקבל המבקש את פרטי המפרסם מספק האינטרנט.⁹¹ עוד ההצעה קובעת כי בית המשפט רשאי – מטעמים מיוחדים שירשמו – לדחות את בקשתו של הנפגע.⁹² דברי ההסבר להצעה מעלים מספר דוגמאות לטעמים לדחיית הבקשה, למשל אם השתכנע בית המשפט שהנפגע מעוניין בחשיפת פרטים לצרכים לא ראויים של נקמות, השתקת מתנגדים וכדומה.⁹³

במרצת הזמן, בעקבות שינויים שמשרד המשפטים ביקש לערוך בהצעתו של חבר הכנסת אורלב – ביניהם הסדרה כוללת של הסוגייה שמרחיבה את ההגנה גם לפגיעות בקניינו הרוחני של המבקש – ההצעה שונתה והוגשה כהצעת חוק חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2011. הצעת חוק פרטית זו מוזגה בהמשך עם הצעת חוק חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2012, שהועלתה כהצעת חוק ממשלתית. יצוין כי מפרוטוקול הישיבות בוועדה בעניין הצעת החוק עולה כי היא התגבשה בעקבות הלכת מור.⁹⁴

מבחינת תוכן ההסדר, ההצעה מאפשרת לאדם הסבור כי נפגע מעוולה נזיקית או כי נפגעה זכות קניינו הרוחני, לפנות לבית המשפט בבקשה שיורה לספק שירותי האינטרנט למסור את פרטי המידע של המנוי מפיץ התוכן. המבקש נדרש לפנות קודם לספק התקשורת ולהודיע לו על כוונתו להגיש בקשה זו לבית המשפט. הספק יעביר את הבקשה למנוי ויבקש את הסכמתו למסור את פרטיו למבקש, ואם האחרון נתן הסכמתו בתוך שבעה ימים, הספק יעביר מיידית את פרטיו למבקש.⁹⁵ במידה שלא ניתנה הסכמת המנוי, המבקש רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה שיורה לספק לחשוף את פרטי המפרסם. במקביל רשאי המבקש לפנות לספק השירות ולקבל את כתובת ה-IP, שתאפשר לאחר אישור בית המשפט את איתור המחשב ממנו הועלה התוכן.⁹⁶ ספק השירות, המשיב לבקשה המוגשת לבית המשפט, יידע את המנוי שהוגשה בקשה לחשיפת פרטיו וכן יעביר לו העתק שלה. המנוי יכול להודיע לבית המשפט בתוך עשרים ימים מקבלת הבקשה על הסכמתו או התנגדותו ואף יכול להעלות טענת התנגדות שאינן כרוכות בזיהויו. בית המשפט רשאי להיעתר לבקשה אם ראה שהוגשה כדי לאפשר למבקש להגיש תביעה עתידית הנוגעת לעוולה נזיקית כלפיו או הפרת זכויות יוצרים. בית המשפט יבדוק אם קיים חשש ממשי, בהתבסס על ראיות לכאורה שהציג המבקש, שהתוכן מהווה הפרה או עוולה וקיימים סיכויים שהתביעה העיקרית, אם תוגש, תוכרע לטובת

⁸⁹ ס' 9א(א) להצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מעוול), התש"ע-2010, 2476/18/פ; המרצת פתיחה היא הליך דיוני שבוטל עם התקנת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, שאפשר הגשת תובענה שמתבררת באופן מהיר ומקוצר.

⁹⁰ שם, בס' 9א(ב).

⁹¹ שם, בס' 9א(א); שם, בס' 9א(ג)-(ד).

⁹² שם, בס' 9א(ה).

⁹³ דברי הסבר להצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מעוול), התש"ע-2010, 2476/18/פ.

⁹⁴ פרוטוקול ישיבה 94 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-18 (28.6.2011).

⁹⁵ עמ' 4 לתזכיר הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של משתמש ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"א-2011.

⁹⁶ שם, בעמ' 5.

דצמבר 2021

המבקש. ככל שהתקיימו התנאים, בית המשפט יאפשר את חשיפת פרטי המנוי, והמבקש יוכל לתבוע את המפרסם בהליך שיפוטי נפרד.

הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה, והייתה בדיונים בוועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת לקראת קריאה שנייה ושלישית.⁹⁷ יום לאחר מכן, ב-16.10.2021, התפזרה הכנסת ומטעם זה לא הגיעה הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית במליאה.⁹⁸ חבר הכנסת זבולון אורלב – אשר כזכור, מטעמו הוגשה הצעת החוק הפרטית – מספר בשיחה שהצוות קיים עימו ששרד המשפטים, אשר תמך בהצעת החוק, ביקש להוסיף את סוגיית הקניין הרוחני ולא להסתפק בעולות לשון הרע לבדה.⁹⁹ תוספת זו, בשל מורכבותה, האריכה את הדיונים אודות ההצעה עד שפוזרה כאמור הכנסת. דברים אלו עולים גם מפרוטוקול ישיבת הוועדה.¹⁰⁰ ניכר שלא התקבלו בקשות להחלת דין רציפות על הצעת החוק, ומשכך היא ננטשה ולא קודמה. נמצאנו למדים שהצעת החוק הייתה בשלבי חקיקה מתקדמים ו"נפלה" מטעמים הליכיים ופרוצדורליים שאינם מהותיים מבחינת ההסדר המוצע.

לסיכום פרק זה, אין כיום מענה רלוונטי בחקיקה הישראלית המעגן את עילתו של הנפגע לחשיפת פרטי המעוול והמסדיר את סדרי הדין על פיהם יתנהל הדיון בבקשה, זאת חרף הצעות חוק שהועלו בעבר. ניתן לראות שהחקיקה הקיימת אינה מתאימה לפלטפורמות המודרניות, קרי רשת האינטרנט, ונדרש למצוא איזון ראוי לסוגייה בחקיקה. כמפורט לעיל, הועלו הצעות חוק רבות בנושא, אשר חלקן אף היו בהליכי חקיקה מתקדמים ונפלו מטעמים שאינם ענייניים, אלא בשל פיזור הכנסת. ניתן לטעון אם כן שבשלה העת להחיל הסדר חקיקתי על הסוגיה, במיוחד לאור עמדתו השיפוטית של בית המשפט העליון להסדרת הסוגייה בחקיקה **בעניין מור**.

פרק חמישי – משפט משווה

בפרק זה נבקש לסקור את הדין הנוהג במדינות שונות בעולם. במסגרת זו נבחן כיצד התמודדו עם סוגיית הסרת האנונימיות ממעוולים ברשת האינטרנט – הן מבחינה חקיקתית והן מבחינת ההלכה הפסוקה, אשר יצרה מגוון של מבחנים שיפוטיים לצורך האיזון בין הזכויות המתנגשות בענייננו. ההסדרה הקיימת במדינות שונות אמנם אינה מחייבת את המחוקק הישראלי, אך היא עשויה לסייע בקבלת החלטות נכונות ומבוססות לאורם של השיקולים שהנחו את המדינות, ניסיון עם הסדרים שכבר חוקקו ובחינת אופן ההסדרים והתאםם לדין הישראלי.

ה.1 יפן

ההסדר המשפטי ביפן מעוגן בחוק שנכנס לתוקף בשנת 2002 (להלן: "חוק הגבלת אחריות ספקיות השירות")¹⁰¹:

⁹⁷ פרוטוקול ישיבה 150 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-18 (15.10.2012). שם.

⁹⁸ שיחת טלפון עם חבר הכנסת לשעבר זבולון אורלב מיום 18.11.2021.

¹⁰⁰ פרוטוקול ישיבה 94 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-18 (28.6.2011).

¹⁰¹ Hiroko Onishi, The Online Defamation Maze: Are We Finding a Way out, 27 INT'L REV. L. 200, 202 (2013) Computers & TECH. (להלן: אונישי, מבוך לשון הרע באינטרנט).

דצמבר 2021

*Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Senders.*¹⁰²

סעיף 4 לחוק זה עוסק בבקשה לחשיפת אנונימיות של מעוול באינטרנט,¹⁰³ ומעגן את זכותו של מי שרואה עצמו כנפגע בגין עוולת לשון הרע לדרוש מספקית השירות את חשיפת זהותו של שולח המידע.

זכות זו כפופה לשני תנאי סף:¹⁰⁴

1. קיומה של ראיה לכך שזכויות התובע לחשיפה נפגעו עקב הפצת המידע הפוגעני לכאורה.
2. חיוניות חשיפת הזהות לטובת מיצוי זכויות התובע והצדקה מבוססת לכך שהמידע המבוקש יעבור לידי.

לאחר הגשת בקשת חשיפה, הספקית מחויבת להודיע למעוול על הבקשה ולברר לגבי הסכמתו לחשיפה, כמו גם לאפשר לו להתגונן מהאשמות המבקש. פרק הזמן הקצוב למענה המעוול הינו שבועיים.¹⁰⁵ ניתן לחרוג מהליך זה במידה שאין באפשרות הספקית ליצור קשר עם המעוול או במקרים בעלי נסיבות מיוחדות.¹⁰⁶

אם התקבלה הסכמה לחשיפה, הספקית מעבירה את הפרטים אותם אישר המעוול אל הנפגע, כאשר אלו יכולים להיות כלל הפרטים שנכללו בבקשת החשיפה או חלקם. אישור חלקי של הבקשה מצד הפוגע לכאורה לא פוגע בזכות הנפגע לתבוע בנוסף את חשיפת שאר הפרטים.¹⁰⁷

גם אם סירב המעוול לחשיפת זהותו, בסמכות הספקית לאשר את החשיפה. זאת, לאחר בחינתה את התקיימות שני תנאי הסף שבסעיף 4 וביצוע איזון אינטרסים בין הצדדים, תוך לקיחת המידע המצוין בתצהירי הצדדים בחשבון.¹⁰⁸ במידה שהספקית נענית לבקשת החשיפה, יכול הנפגע להגיש תביעה אזרחית מול המעוול לפי ההסדר המצוי בחוק.

במקרה השני – כשהספקית מסרבת למסור את המידע – באפשרות הנפגע לערער על החלטת הספקית בהליך תביעה משפטית. לשם כך, עליו להוכיח שהספקית פעלה שלא בתום לב או ברשלנות גסה בדחייתה את בקשתו.¹⁰⁹ כלומר, במקרה זה על הנפגע לנהל שלושה הליכים: בקשת החשיפה מול הספקית (בקשה שנדחתה), הליך משפטי מול הספקית לחשיפת זהות המעוול, ובמידה שזיכה בו – הליך משפטי נוסף מול המעוול למיצוי זכויותיו. ביקורת מרכזית על ההסדר נקובה בהיקף הנטל שמוטל על הנפגע בניהול ההליך, בייחוד בהשוואה לנטל המתון המוטל על המעוול האנונימי.¹¹⁰ ביקורת נוספת שניתן להעלות ביחס להסדר נוגעת לשיקול הדעת הרב שניתן לספקיות האינטרנט הפרטיות בבואן להכריע בשאלה האם לחשוף את פרטיו של המפרסם.

¹⁰² Act No. 137 of November 30, 2001 (להלן: חוק הגבלת אחריות ספקיות השירות).

לעיון באנגלית ניתן לפנות לקובץ המתורגם:

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail?id=3610&vm=04&re=02&new=1>

¹⁰³ ס' 4 לחוק הגבלת אחריות ספקיות השירות.

¹⁰⁴ שם, בס' 4(1).

¹⁰⁵ Guidelines Relating to Sender Information Disclosure, p. 11, [https://www.telesa.or.jp/wp-](https://www.telesa.or.jp/wp-content/uploads/consortium/provider/pdf/guidelines_senderinformation.pdf)

[content/uploads/consortium/provider/pdf/guidelines_senderinformation.pdf](https://www.telesa.or.jp/wp-content/uploads/consortium/provider/pdf/guidelines_senderinformation.pdf) (להלן: הקווים המנחים לחוק).

¹⁰⁶ ס' 4(2) לחוק הגבלת אחריות ספקיות השירות.

¹⁰⁷ הקווים המנחים לחוק, לעיל ה"ש 105, בעמ' 25.

¹⁰⁸ שם, בעמ' 11-12.

¹⁰⁹ ס' 4(4) לחוק הגבלת אחריות ספקיות השירות.

¹¹⁰ אונישי, מבוך לשון הרע באינטרנט, לעיל ה"ש 101, בעמ' 207.

דצמבר 2021

עניין **Nifty Forum**¹¹¹ אמנם נדון טרם חקיקתו של חוק הגבלת אחריות ספקיות השירות, אך זהו המקרה שבו הכיר לראשונה בית המשפט היפני במתח בין הזכות לחופש הביטוי לבין לשון הרע במרחב האינטרנטי. בית המשפט קבע גבולות אחריות מצומצמים עבור ספקיות השירות להוצאת לשון הרע שמתבצעת בפלטפורמות האינטרנטיות שמספקות.¹¹² סמוך לאחר מתן פסק הדין נכנס החוק לתוקף, יתכן בשל השאיפה להסדיר את העניין ברמה חקיקתית.¹¹³ בחוק, כאמור, עוגנה אחריות הספקיות גם ככזו שחוסה על הליך חשיפת זהות מעורלים אנונימיים.

הפסיקה הראשונה של בית המשפט העליון ביפן לאחר חקיקת החוק ניתנה בעניין **Ra-men Franchise**,¹¹⁴ בה נקבע כי קיימות אמות מידה זהות ללשון הרע בין המרחב האינטרנטי ומחוצה לו. הלכה זו מדגישה את היחס המשפטי לתוכן באינטרנט כשווה ערך לתוכן שאינו מקוון, על אף מאפייניו הייחודיים.¹¹⁵

בפסק דין מאוחר יותר הובהרה עמדתו של בית המשפט העליון בנוגע לפרשנות הראויה לסעיף 4 לחוק; עניין **Hasshinsya Jyoho Kaiji Seikyu**¹¹⁶ עסק בתביעה בגין התבטאות פוגענית לכאורה שפורסמה על ידי גולש אנונימי ברשת. בית המשפט דחה את התביעה בשל אי עמידה בתנאי הראשון בסעיף 4 – לא הוכחה פגיעה בזכות הנפגע, תוך נקיטת גישה שמרנית ביישום החוק ועמידה דווקנית על תנאי הסף שבו.¹¹⁷

בעניין **Hamamatsu brunch**¹¹⁸ סירבה ספקית שירות לחשוף את פרטיו של מעוול אנונימי לבקשת התובעת בטענה שאינטרס הפרטיות של הראשון גובר על האינטרסים של האחרונה. התובעת, לפיכך, פנתה עם הבקשה לבית המשפט המחוזי וזכתה בתביעה מול הספקית לפרסום הפרטים המבוקשים. מקרה זה עולה בקנה אחד עם מגמת הפסיקה בנושא שכן גם בו דרש בית המשפט שהראיות לפגיעה בזכויות התובעת יהיו ברורות ושהעמידה בתנאי הסף של סעיף 4 תהיה מובהקת.¹¹⁹

ה. 2. האיחוד האירופי

המדיניות האירופית מעוגנת בדירקטיבה האירופית למסחר אלקטרוני משנת 2000 – The E-Commerce Directive (להלן: "הדירקטיבה").¹²⁰ הדירקטיבה נועדה להסדיר את הפעילות האינטרנטית באיחוד האירופי בתחום המסחרי, אולם נוגעת בעניינים משפטיים נוספים, בין היתר בעולות לשון הרע.¹²¹ מדיניות האיחוד האירופי הינה **הסרת אחריות מהספקיות** בנוגע לתוכן המפורסם בהן, למעט במקרים שהייתה להן מודעות לתוכן המבזה, בהם הן נדרשות להסירו באופן

¹¹¹ Nifty Forum. Tokyo High Court, Heisei 9(ne) 2631.

¹¹² אונישי, מבוך לשון הרע באינטרנט, לעיל ה"ש 101, בעמ' 202, 204.

¹¹³ שם, בעמ' 203.

¹¹⁴ Ra-men Franchisee. Supreme Court, Heisei 21(a) 360.

¹¹⁵ אונישי, מבוך לשון הרע באינטרנט, לעיל ה"ש 101, בעמ' 209.

¹¹⁶ Hasshinsya Jyoho Kaiji Seikyu. Supreme Court, Heisei 21(jyu) 609.

¹¹⁷ Hiroko Onishi, Defamation in Cyberspace: A Japanese Perspective, 28 Computer Law & Security

Review 687, 692 (2012) (להלן: אונישי, נקודת מבט יפנית ללשון הרע באינטרנט).

¹¹⁸ Shizuoka District Court, Hamamatsu brunch (May 26, 2011) (unreported).

¹¹⁹ אונישי, נקודת מבט יפנית ללשון הרע באינטרנט, לעיל ה"ש 117, בעמ' 692-693.

¹²⁰ 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), Official Journal (OJ) L 178, 17.7.2000, 1-16.

¹²¹ Ronen Perry & Tal Z. Zarsky, Liability for Online Anonymous Speech: Comparative and

Economic Analyses, 5 JETL 205, 220 (2014).

דצמבר 2021

מיידי. מעבר למקרים אלו הדירקטיבה לא מתייחסת למקרים נוספים בהם ידרשו הספקיות לחשיפת זהות מעוול אנונימי.

בעניין **Delfi AS vs Estonia**¹²² דן בית הדין האירופי לזכויות אדם בהיקף האחריות של אתר חדשות אסטוני על תוכן מבזה שפורסם בו על ידי מעוולים אנונימיים. במוצאו את האתר "Delfi" נושא באחריות לתוכן זה, נימק בית הדין את פסיקתו בין היתר בכך שלאור היות המעוולים אנונימיים, הטלת האחריות על בעלי האתר תהא יעילה וסבירה בנסיבות.¹²³ לפיכך, נראה שהאיחוד האירופי נוקט בעמדה ה"מיינתרת" את הליך חשיפת המעוול האנונימי ומתמקד, הן ברמת החוק והן ברמת הפסיקה, באופן הטלת האחריות על מפעילות הפלטפורמות האינטרנטיות.

ה.3. הולנד

ההסדר ההולנדי אמנם לא מעוגן מפורשות בחוק, אולם בדברי ההסבר של הפרלמנט לאופן אימוץ הדירקטיבה האירופית למסחר אלקטרוני נקבע כי לבית המשפט נתונה הסמכות להורות על חשיפת אנונימיות של מעוולים בעוולות אזרחיות.¹²⁴

סמכות זו אומצה על ידי בית המשפט העליון בעניין **Lycos v. Pessers**.¹²⁵ בפסק הדין נקבעו כהלכה מבחני עזר להכרעה באשר לחשיפת אנונימיות של מעוול באינטרנט:¹²⁶

- סבירות הטענה שהמידע המפורסם בלתי צודק ופוגעני.
- סבירות בקשת חשיפת הזהות מצד המבקש.
- שלילת קיומם של הליכים אלטרנטיביים עדיפים להשגת המידע המבוקש.
- איזון אינטרסים בין מבקש החשיפה לבין ספקית השירות ומפיץ המידע.

בעניין **Brein v. UPC**¹²⁷ נפסקה הרחבה למבחנים אלו, לפיה על התובע יהיה להוכיח מעבר לספק סביר שהאדם שאת זהותו מבקש לחשוף הוא אכן מפרסם המידע.¹²⁸ יצוין, כי פסיקה זו מזכירה את הפסיקה בישראל לאחר הלכת מור – כפי שהוצג לעיל, **בעניין פנחס** ניתן "צו בינארי" (במסגרתו חויבה ספקית השירות לענות האם המידע של המעוול לכאורה הנמצא אצלה מתאים לאדם בו חושד מבקש החשיפה) ונקבע שצו זה יינתן ככל שהתובע הרים את נטל ההוכחה והביא ראיה התומכת בטענתו כי החשוד הנתבע הוא שפרסם את הפרסום המעוול.¹²⁹

ה.4. ארה"ב

¹²² Delfi AS v. Estonia, 2015-II Eur. Ct. H.R. 319

¹²³ George Fishback, How the Wolf of Wall Street Shaped the Internet: A Review of Section 230 of the (2020) Communications Decency Act, 28 TEX. INTELL. PROP. L.J. 275, 293

¹²⁴ Kamerstukken II 28197, 2001/2, no. 3, p. 28, van der Hof, S., Koops, E. J., & Leenes, R. E., Anonymity And The Law In The Netherlands, in LESSONS FROM THE IDENTITY TRAIL: ANONYMITY, PRIVACY AND IDENTITY IN A NETWORKED SOCIETY 503, 509 (V. Steeves, C. Lucock, & I. Kerr eds., 2009) (להלן: אנונימיות והחוק בהולנד).

¹²⁵ Hoge Raad [Dutch High Court] November 25, 2005, LJN AU4019

¹²⁶ אנונימיות והחוק בהולנד, לעיל ה"ש 124, בעמ' 509-510.

¹²⁷ Rechtbank Amsterdam [District Court], August 24, 2006, LJN AY6903

¹²⁸ אנונימיות והחוק בהולנד, לעיל ה"ש 124, בעמ' 510.

¹²⁹ **עניין פנחס**, לעיל ה"ש 56.

במישור הפדרלי, דיני לשון הרע אינם מוסדרים. ההתייחסות היחידה לאנונימיות של גולשים מתייחסת בעיקר לדיני זכויות יוצרים ומוסדרת בחוק הפדרלי.¹³⁰ ההגנה לה זוכים דוברים אנונימיים הינה כזכות נגזרת מהתיקון הראשון לחוקה,¹³¹ שעוסק בהגנה על חופש הביטוי. לעומת זאת, בתי המשפט המדינתיים פועלים תחת החוק המדינתי, ולרוב הדין הנוהג הוא הריסטיטימנט השני, שעוסק בדיני הנזיקין. עוולת הדיבה (Defamation), מוגדרת על ארבעת יסודותיה בסעיף 558 לחוק.¹³² יסודות העוולה כוללים דרישה לאמירה שקרית המוציאה דיבתו של אחר, פרסום האמירה כלפי צד שלישי, אשמה בדרגת התרשלות מצד מפרסם הדיבה ואחריות לנזק שנגרם במישרין או בעקיפין על-ידי הפרסום.

בכל הנוגע להסרת האנונימיות, נוהג במישור הדיוני-פרוצדורלי הפדרלי סעיף 45 לסדר הדין האזרחי הפדרלי.¹³³ סעיף זה מאפשר הוצאת צו בית משפט שיורה על חשיפה של נתונים ומסמכים. ניתן לעשות שימוש בסעיף הזה כלפי ספקי השירות, ולהורות להם לחשוף את כתובת ה-IP של המשתמש. יצוין כי מושאי הצו – המעוולים האנונימיים – יכולים לבקש לבטל את הצו, וכך גם ספקי השירות זכאים להתנגד לצו ולבקש לבטלו.

במישור המדינתי, במדינת וירג'יניה, סעיף 407.1 לסדר הדין האזרחי המדינתי מסדיר את תחום המעוול האנונימי ברשת.¹³⁴ הסעיף מאפשר, בכפוף לכמה תנאים, לבית המשפט להורות על צו לחשיפתו של המעוול האנונימי. החוק מציב מבחן מצטבר בעל שישה רכיבים, שעמידה בהם תאפשר "unmasking", קרי – חשיפת המעוול האנונימי. התנאי הראשון דורש שהמבקש ישלח התרעה למעוול לכאורה (דרך ספק האינטרנט) כי הגיש בקשת חשיפה. התנאי השני דורש כי המבקש יביא הוכחות כי הפרסומים כנגדו יכולים להיות או מהווים פרסום המוציא את דיבתו רעה, וכי הוא מבקש את הצו בתום לב ובהיותו סבור כי הוא נפגע מהעוולה. התנאי השלישי הוא כי המבקש נקט אמצעים סבירים לחשיפת המעוול בדרכים אחרות. התנאי הרביעי הוא שעל המבקש להוכיח כי חשיפת האנונימיות דרושה באופן מהותי לצורך התביעה. התנאי החמישי הוא כי על המבקש להוכיח שלא מתנהל שום הליך משפטי נוסף נגד בקשתו לצו חשיפה. התנאי האחרון דורש מהמבקש להוכיח כי לספק האינטרנט יש את האפשרות המעשית לחשוף את המעוול. נמצאנו למדים שהנטל במדינת וירג'יניה על המבקש לחשוף את פרטי המפרסם הוא משמעותי.

בשנת 2015, במסגרת פסק הדין בעניין **Yelp v Hadeed**,¹³⁵ החוק של וירג'יניה נבחן בבחינה חוקתית. מוכר שטיחים תבע את חברת Yelp, אתר ביקורות ברשת, שפורסמו בו ביקורות שלטענת מוכר השטיחים מוציאות דיבתו רעה. משכך, הוא דרש מבית המשפט – בהסתמך על החוק – להורות בצו לחברה לחשוף את פרטי המפרסמים האנונימיים. החברה טענה כי החוק לא חוקתי ושהוא נוגד את התיקון הראשון לחוקה, וזאת מכיוון שהרף הראייתי לחשיפה אינו גבוה מספיק, ועל כן היא איננה צריכה לעתור לצו. **בית המשפט העליון של וירג'יניה פסק כי החוק הינו חוקתי ומציב רף גבוה מספיק.**

¹³⁰ 17 U.S.C §301.

¹³¹ U.S. CONST. amend. I, §1.

¹³² Restat 2d of Torts, § 558.

¹³³ USCS Fed Rules Civ Proc R 45 (c)2(A).

¹³⁴ VA. CODE ANN. § 8.01-407.1(A) (2015).

¹³⁵ **Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc.**, 770 S.E.2d 440.

בכמה פסקי דין הכירו בתי המשפט האמריקאיים בזכות לביטוי אנונימי¹³⁶ ככזאת שחוסה תחת חופש הביטוי, אך לא תחת הזכות לפרטיות. בית המשפט העליון האמריקאי לא נדרש לדון במורכבות של ההתנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב במקרים של תביעות לשון הרע כנגד מעוולים אנונימיים ברשת. במאמרו,¹³⁷ המלומד Siller מציין את המורכבות הרבה של הנושא, כאשר מצד אחד מתן צו חשיפה מהיר על-ידי סעיף 45 לחוק סדר הדין האזרחי הפדרלי יוצר מצב של אפקט מצנן על חופש הביטוי, ומצד שני מתן צו חשיפה בהליך איטי ומלא בסייגים ובמבחנים, ייצור מצב שבו למעוולים תהיה "במת מקלט" ללשון הרע והוצאת דיבה, ללא כל יכולת מעשית לנפגעים מהעוולה להגן על עצמם.

בעקבות המורכבות הרבה, נדרשו לנושא בתי המשפט המדינתיים וכן הערכאות הנמוכות של בתי המשפט הפדרליים, ויצרו מבחנים שונים שמנסים לאזן בין חופש הביטוי (ולא הזכות לפרטיות) מחד, לבין הזכות לשם טוב מאידך. להלן נסקור את המבחנים שפותחו במבט "ממעוף הציפור".

מבחן Dendrite:¹³⁸ בית המשפט בניו ג'רזי קבע מבחנים לחשיפת אנונימיות של מעוולים. חברת "דנטריט" הגישה תביעת דיבה כנגד מעוולים אנונימיים שפרסמו כנגדה שקרים בלוח ה"יאהו!" שלה. המבחן לקבלת צו לספקי השירות (ISP) לחשוף את המעוול הוא בעל ארבעה שלבים:

- א. על המבקש ליידע ככל הניתן את המעוול האנונימי על הבקשה, ובכך לתת לו הזדמנות להתנגד לבקשה.
- ב. על המבקש להציג לבית המשפט את הציטוטים המדויקים שמבחינתו מהווים הוצאת דיבה.
- ג. בית המשפט ישקול האם התגבשה מסה ראייתית מספקת שתייצר זכות PRIMA FACIE, שתצדיק את הסרת האנונימיות, קרי – האם זוהי זכות שמצדיקה פגיעה בזכות אחרת.
- ד. על בית המשפט לערוך איזון בין זכותו של הנתבע להגנה על הביטוי שלו תחת חסות התיקון הראשון לחוקה, למול הנחיצות והתועלת בחשיפת האנונימיות שלו.

במקרה הספציפי בית המשפט הפעיל את המבחן, והגיע למסקנה שאין להסיר את האנונימיות מהטעם שהחברה לא הצליחה להרים את נטל הראיה לגבי הנזק שנגרם לה, ובכך לא עמדה במבחן השלישי.

מבחן Cahill:¹³⁹ ביהמ"ש בדלוור נדרש למקרה שבו חבר מועצה מאזור קלייטון ביקש לחשוף את זהותם של שני אנונימיים ברשת, שפרסמו בלוג שהוקדש להוצאת דיבה כלפיו. בבלוג ייחוסו לקאהיל בעיות מנטליות שונות. בערכאה הדיונית, נעתר בית המשפט לבקשתו והוציא צו למפעילות הרשת לחשוף את זהות כותבי הבלוג. בית המשפט העליון של מדינת דלוור הפך את ההחלטה. בערכאה הנמוכה נקבע סטנדרט של רצון טוב (מעין "תום לב") של קאהיל בבקשתו, רצון טוב המצדיק היעדרות לבקשה. בית המשפט העליון בדלוור קבע כי מבחן זה לא שומר על האינטרסים

¹³⁶ *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334, ; *Talley v. California*, 362 U.S. 60, 64-65 (1960) 361 (1995).

¹³⁷ COMMENT: YELPING THE WAY TO A NATIONAL STATUTORY STANDARD FOR UNMASKING INTERNET ANONYMITY, 51 Wake Forest L. Rev. 189 (2011).

¹³⁸ *Dendrite Int'l, Inc. v. Doe No. 3*, 775 A.2d 756, 770 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001).

¹³⁹ *Doe No. 1 v. Cahill*, 884 A.2d 451, 460 (Del. 2005).

דצמבר 2021

המוגנים של הנתבע – אינטרסים שכאמור חוסים תחת הגנת התיקון הראשון לחוקה האמריקאית. בית המשפט הציע מבחן וסטנדרט חדש בשם **"summary judgment standard"**, קרי – הוכחת התביעה לכאורה. נקבע כי מבחן זה מהווה איזון ראוי בין הזכות של התובע לשם טוב, ושל הנתבע לחופש הביטוי. מבחן זה כלל בתוכו שני רכיבים, בהשראה ממבחני Dendrite:

- א. להתריע למפרסמים האנונימיים כי מבוקש כנגדם צו הסרת אנונימיות, ולאפשר להם יכולת להגן על עצמם כנגד בקשת חשיפה זו.
- ב. על המבקש להוכיח את יסודות העוולה ככל הניתן במסגרת הנסיבות ולהגדיר את העוולה במדויק מתוך האמירות ברשת, וזאת מעל לספק סביר, ולאפשר לבית המשפט לערוך איזון בין הזכויות.

בית המשפט בעניין קאהיל פסק כי קאהיל לא הצליח להוכיח את יסודות עוולת הדיבה, ועל כן סירב ליתן את צו החשיפה.

מבחן Mobilisa: ¹⁴⁰ שנתיים לאחר פרשת קאהיל, הגיעה בקשה דומה לפתחו של ביהמ"ש לערעורים של אריזונה. לחברת "מובילסיה" נשלח מייל אנונימי שהפיץ התכתבות אינטימית בין שני עובדים בחברה, ובאופן שהכפיש את החברה. החברה פנתה לבית המשפט המחוזי שבחן את המקרה לפי מבחני קאהיל, ופסק כי ניתן להוציא צו חשיפה לספק האינטרנט. בבית המשפט לערעורים של אריזונה, נקבע מבחן חדש על אדני קאהיל. במסגרת המבחן החדש נקבעו שלושה שלבים על בסיס מבחן ה-**summary judgement standard**:

- א. בדומה למבחנים הקודמים – על המבקש להוכיח כי ניתנה למפרסם האנונימי הודעה על בקשת הצו, ומשכך הובטחה אפשרותו להתגונן מפני מתן הצו.
- ב. על המבקש להוכיח כי התביעה עומדת ביסודות העוולה, על בסיס ראיתי בהינתן שאיננו יודעים את זהות המעוול.
- ג. מבחן איזון מפורט יותר מזה שנקבע בעניין קאהיל בין האינטרס של המבקש לחשוף את זהות המעוול, לבין האינטרס של המפרסם לשמור על האנונימיות שלו תחת הגנת התיקון הראשון. בהימ"ש מנה רשימה של שיקולים במסגרת מבחן האיזון: סוג הביטוי; ציפיות הפרטיות של המפרסם; ההשלכות האפשריות מחשיפת זהות המעוול; ההשפעה של חשיפת זהות המפרסם על ההליך; האמצעי שפגיעתו פחותה – האם קיימים אמצעים אחרים פוגעניים פחות לחשיפת האנונימיות מאשר צו בית משפט לספק השירות.

מבחן התוכן: (עניין **Anonymous Online Speakers**): פסק דין זה, ¹⁴¹ שנדון ב-9th Circuit הפדרלי, עסק בתביעת שהגישה התובעת – חברת שיווק – כנגד קמפיין הכפשה אנונימי ברשת כנגדה על-ידי אחת המתחרות העסקיות שלה. בית המשפט בערכאה הדיונית הפעיל את מבחן Cahill, וקבע כי יש לחשוף את זהות המעוולים. בית המשפט בערכאת הערעור קבע כלל חדש, לפיו מבחן Cahill הינו מבחן מחמיר יותר, ויש לעשות בו שימוש במקרים של **ביטויים פוליטיים**, שקרובים יותר לליבת הזכות של חופש הביטוי, ואילו במקרה שלנו – מקרה של **ביטוי מסחרי, רמת ההגנה פחותה יותר**, ויש להפעיל מבחן איזון מחמיר פחות. באותה נשימה, בית המשפט לא הגדיר את

¹⁴⁰ Mobilisa, Inc. v. Doe 1, 170 P.3d 712 (Ariz. Ct. App. 2007)
¹⁴¹ 661 F.3d 1168 (9th Cir. 2011)

דצמבר 2021

המבחן המחמיר פחות אליו התכוון. בעניין זה בית המשפט יצר בפעם הראשונה מבחן המבוסס על **תוכן הביטוי הפוגעני**, בניגוד למבחן כללי ופרוצדוראלי.

ספרות

במאמרו, המלומד Siller מציע הצעה – על בסיס איגודן של כלל הפסיקות הפזורות והחוק המדינתי של וירגיניה שהוצגו לעיל – במסגרתה יש לחוקק חוק פדרלי שיציב סטנדרט אחיד למבחני הסרת האנונימיות, ויהפוך את הליך בקשת החשיפה לטכני ויעיל יותר עבור בתי המשפט.¹⁴² ההצעה כוללת ארבעה שלבים:

- א. הודעה למפרסם האנונימי בגין בקשת החשיפה, והגדרת טווח זמן ממתן ההודעה כדי להבטיח את קבלתה על-ידי המפרסם, וזאת בדומה לנדרש בחוק של מדינת וירגיניה ובעניין **Dendrite**.
- ב. הצגת הביטוי המדויק שביחס אליו טוען הנפגע שהוא פוגע בשמו הטוב, על מנת שבית המשפט יכריע האם קיים בסיס לתביעת דיבה; במסגרת זו יתאפשר לבית המשפט להחליט מהו אופי הביטוי הפוגעני – פוליטי או מסחרי.
- ג. **במסלול מסחרי**: נטל ראייה נמוך יותר, המספיק כדי להוכיח שמדובר בזכות PRIMA FACIE המצדיקה דחיקה החוצה של זכות אחרת. נדרשת עמידה ביסודות עילת לשון הרע באופן בסיסי. **מסלול פוליטי**: נטל ראייה גבוה יותר – נדרשת עמידה בכלל יסודות העולה באופן מיטבי, על-ידי שימוש בסטנדרט המחמיר יותר של מבחני **Cahill**.
- ד. מבחן איזון שדן באופן פרטני במקרה הספציפי המובא לפתחו של בית המשפט, עם שימוש בשיקולים לאיזון הדומים לאלו שמנה בית המשפט במסגרת מבחן האיזון של **Mobilisa**.

ה. 5 אנגליה

צווי Norwich Pharmacal

באנגליה מוסדרת סוגיית חשיפת האנונימיות על-ידי צוים הנקראים צווי **Norwich Pharmacal**. צו שכזה ניתן על-ידי בית המשפט האנגלי בשנת 1974 בפס"ד בעניין Norwich.¹⁴³ בפסק הדין נידונה עוולה של הפרת זכויות יוצרים (ולא לשון הרע), ונקבע על-ידי בית הלורדים **צו יציר הפסיקה**, במסגרתו בית המשפט יכול להורות לצד ג' שהיה חשוף לעוולה, לחשוף פרטים על המעוול האנונימי. ההלכה השיפוטית מורה כי בית המשפט – בבואו ליתן את הצו – ישקול שיקולים המאזנים בין יכולת ההוכחה של המבקש את הנזק שנגרם לו; נזק שעלול להגרם למפרסם האנונימי בגין חשיפתו; היכולת להוציא את המידע ממקור אחר באופן שאינו פוגע בפרטיותו של המפרסם (למשל דרך הספק על-בסיס הסכמת המפרסם); הקרבה בין צד ג' למפרסם. בית המשפט הוסיף ארבעה תנאים פרוצדורליים הנחוצים למתן הצו:

- א. על המבקש לטעון כי בוצעה עוולה;
- ב. הצו נדרש לחשיפה וזאת רק בכדי להגיש תביעה;
- ג. מבקש הצו מבקש לנקוט בתביעת נזיקין כלפי מושא הצו;

¹⁴² מאמרו של סילר, לעיל הי"ש 137.

¹⁴³ **Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners**, [1974] A.C. 133 (H.L.)

דצמבר 2021

ד. צד ג' המבוקש בצו היה חלק כלשהו בביצוע העוולה לכאורה של המפרסם, ויכול להחזיק במידע שיעזור לחשיפתו.

אמנם, פסק דין מדבר בחשיפת אנונימיות בגין תביעת הפרת זכות קניין רוחני, אך צו זה אומץ בפסיקה גם לעניין חשיפת אנונימיות לעניין פרסומים המהווים הוצאת דיבה.

בשנת 1998 עוגנו הצווים בחקיקה, וזאת במסגרת חקיקת חוק פרטיות המידע שנקרא Data Protection Act.¹⁴⁴ סעיף 35 לחוק מורה שעל אף הגנת הפרטיות שלה זוכים האזרחים, ניתן לחשוף מידע אישי אם הדבר נחוץ על-פי צו בית משפט לצורך הליך משפטי.

פס"ד Totalise¹⁴⁵

פסק דין אנגלי זה, שניתן בשנת 2002 החיל את צווי ה-Norwich Pharmacal גם על תביעות דיבה **כלפי מעוול אנונימי ברשת**. בפסק הדין, התובעת הייתה חברה שתבעה מאתר Motley Fool – בו התפרסמו פורומים עם ביקורות עסקיות – להוריד מהאתר פוסטים שליליים שנכתבו בגינה ולחשוף את שמם של משתמשים אנונימיים בפורום אשר פרסמו אותם. האתר סירב, ובית המשפט פסק את צו החשיפה. התיק הגיע לשלב הערעור בפני בית המשפט לערעורים; בית המשפט קבע שפסיקת הצו על-ידי בית המשפט קמא הייתה כדין ומשכך הערעור נדחה, אך העיר כי יש לשים דגש רב יותר לאיזון בין הזכות לשם טוב מחד והזכות לפרטיות מאידך. בנוסף, סבר בית המשפט כי ראוי לבצע פנייה מוקדמת למפרסם ולתת לו אפשרות להתגונן ולהתנגד להוצאת הצו (בדומה למבחני הפסיקה בארה"ב שפורטו לעיל).

פס"ד Sheffield¹⁴⁶

בפסק דין זה, שניתן בשנת 2007, תבעה קבוצת הכדורגל של שפילד מנהל אתר אינטרנטי שבו התפרסמו פוסטים מכפישים נגדה. הקבוצה ביקשה מבית המשפט להוציא צו חשיפה עבור מפרסמי הפוסטים, אך השופט פסק כי בנסיבות המקרה הפרסומים היו הומוריסטיים בעיקרם ולא עמדו ברף של פרסום שעולה כדי לשון הרע, ולכן במקרה שכזה אין לפסוק על הוצאת הצו. בית המשפט פסק שבמקרים שבהם הפרסומים חמורים יותר, ועולים לכדי פרסום המהווה הוצאת דיבה, ניתן להוציא צו שכזה **כנגד מפעיל האתר**. בפסק דין זה רואים התייחסות ראשונה באנגליה גם **לתוכן הפרסומים**, ולהימצאותו של רף שמתווה הגנה מסוימת על חופש הביטוי והפרטיות.

פס"ד Clift¹⁴⁷

פסק דין זה ניתן בשנת 2011 על-ידי ה-"Queens Court Bench". במסגרתו, הגישה גברת קליפט בקשה לבית המשפט להוצאת צו נורוויץ' לאתר "Mail Online", וזאת בכדי לחשוף מגיבים אנונימיים באתר שהכפישו את שמה בתגובות לכתבה שפורסמה בגין ניצחונה בתביעה נגד העירייה. במקרה זה, בית המשפט סירב ליתן את הצו, ונימק את סירובו **בתוכן התגובות המכפישות**. בית המשפט קבע כי התוכן אינו עולה לכדי הוצאת דיבה, אלא הוא פוגעני בצורה נמוכה יחסית ונובע מצורת דיבור יום-יומית ורגילה במארג החברתי, או כלשונו של בית המשפט – "Pub Talk". ניתן

¹⁴⁴ Data Protection Act 1998, schs 1 and 2

¹⁴⁵ Totalise plc v. Motley Fool L.td, [2001] 2 EWCA Civ 1897

¹⁴⁶ Sheffield Wednesday Football Club Ltd v. Hargreaves, [2007] EWHC 2375 (Q.B.)

¹⁴⁷ Clift v Clarke [2011] EWHC 1164 (QB)

דצמבר 2021

לראות כי גם בפסק דין זה, הציב בית המשפט מעין **מבחן תוכן מקדים**, ולא נתן את הצו באופן טכני, וזאת מתוך הצורך הרגיל בענייננו – האיזון הראוי בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לפרטיות וחופש הביטוי.

פרק שישי – המלצות

אין ספק כי השימוש הנרחב ברשת האינטרנט והבעיות המשפטיות העולות מההתפתחויות הטכנולוגיות הפוקדות את עולמנו הן בעיות שאינן ייחודיות למדינת ישראל, וזאת כפי שפורט לעיל בפרק המשפט המשווה. לשיטתנו, הצעת החוק והסדרת סוגיית חשיפת המעוולים ברשת האינטרנט מהווה צעד נוסף לצמצום הפערים בין המשפט לטכנולוגיה – צמצום שיאפשר הגנה משפטית ושמירה נאותה על זכויות האדם במרחב האינטרנטי. כמו כן, הצעת החוק היא תשובת המחוקק להסדרת סוגיית המעוולים האנונימיים ברשת האינטרנט ולהסדרת המסגרת הדיונית, בתגובה לעמדתו הנחרצת של בית המשפט העליון במסגרת **הלכת מור**.¹⁴⁸

בהסתמך על סקירת הדין הנוהג בארץ ובעולם, בפרק זה נבקש להציג מספר המלצות – הן בהיבט המשפטי של הסוגייה והן ביחס להצעת החוק המוצעת – אותן יש לקחת בחשבון במסגרת מאזן השיקולים בהליך חקיקת ההסדר. כך, נתייחס להצעת חוק לתיקון חוק איסור לשון הרע (חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית), התשפ"ב-2021 (להלן: "**הצעת החוק**") מושא יוזמה זו. בפתח הדברים נבהיר שלשיטתנו תכליתו של ההסדר מידתית וראויה, ולהלן נעמוד על הנקודות המרכזיות בהסדר המוצע אשר לשיטתנו דורשות התייחסות נוספת והתאמות.

1.1 רוחבו של ההסדר המוצע

הצעת חוק מסחר אלקטרוני משנת 2008, אשר הוצגה בהרחבה במסגרת הפרק הרביעי, הציעה מסגרת רחבה להסדרת סוגיית חשיפת האנונימיות; לפיה, אם פרסום שהועלה לרשת האינטרנט מהווה – להנחת דעתו של בית המשפט – **כל עוולה נזיקית באשר היא או הפרת זכות קנייני הרוחני של המבקש**, אזי בית המשפט רשאי להורות על צו חשיפה. כאמור, הצעת חוק זו לא התקבלה.

במרוצת השנים, הגיעה לפתחו של הכנסת הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2011; במסגרת תהליך החקיקה, משרד המשפטים ביקש להוסיף להצעה את סוגיית **הקניין הרוחני**, אלא שבשל מורכבות הסוגייה הדיונים בהצעה התארכו, עד לפיזור הכנסת. אף חבר הכנסת לשעבר מר זבולון אורלב, שיזם את הצעת החוק הפרטית במתכונתה הראשונית, הביע עמדתו כי ניסיון הוספת ההגנה על הקניין הרוחני הכביד על קידום החוק וחקיקתו.¹⁴⁹

לעומת ההסדרים שלעיל, הצעת החוק הנוכחית מבקשת להחיל הסדר מידתי ומצומצם ברוחבו; כך, הצעת החוק מבקשת לעגן את הסמכות למתן צו לחשיפת אנונימיות **בתוספת לחוק איסור לשון הרע ובמסגרת גבולותיה התחומים של עוולת לשון הרע בלבד**.¹⁵⁰ **לפיכך, לשיטתנו, ההסדר המוצע עומד במבחני פסקת ההגבלה ומאזן בצורה ראויה בין זכויות היסוד המתנגשות**; כפי שפורט בהרחבה לעיל, מדובר באיזון עדין בין שתי זכויות יסוד בסיסיות בשיטתנו המשפטית, אשר לשמירה ולהגנה על כל אחת מהן נימוקים כבדי משקל. משכך, הסדר המעגן אפשרות לחשוף אנונימיות

¹⁴⁸ מור בעליון, לעיל ה"ש 21.

¹⁴⁹ שיחת טלפון עם חבר הכנסת לשעבר זבולון אורלב מיום 18.11.2021.

¹⁵⁰ ס' 1 לחוק איסור לשון הרע.

דצמבר 2021

במקרים מוגדרים ומובחנים מחד, וכזה שאינו "פורץ את הגבולות" ותוחם את אפשרויות החשיפה מאידך, הוא הסדר ראוי ומידתי.

לעניין החלת ההסדר גם על זכויות הקניין הרוחני של המבקש, נסב את תשומת הלב לכך כי העקרונות העומדים בבסיסו של חוק איסור לשון הרע (ודיני הנזיקין בכלל) אינם זהים לתכליות הקיימות בדיני הקניין הרוחני. עיקרם של דיני הקניין הרוחני עוסקים במניעת גזל, לעומת חוק איסור לשון הרע שמבקש לאזן בין חופש הביטוי לזכות לשמו הטוב של האדם. ראיה להבדלים אלו נעוצה בעמדתו של חבר הכנסת לשעבר זבולון אורלב על מורכבות סוגיית הקניין הרוחני ביחס להסדר דנן. **משכך, המלצתנו בשלב זה – הן משיקולים טכניים-פרוצדורליים והן משיקולים משפטיים של האיזון הראוי בין הזכויות – היא השארת ההסדר המוצע כמות שהוא, קרי: מוגדר ומובחן במסגרת עוללת לשון הרע. עם זאת, ייתכן כי בהמשך ראוי יהיה לשקול את הסדרת הסוגייה בעניין דיני הקניין הרוחני במסגרת חקיקה נפרדת.**

2. הפתרון המוצע להסדר

לאור המלצתנו להסדרת מנגנון לחשיפת אנונימיות והדגשת החשיבות בכך – בייחוד במסגרת עוללת לשון הרע – נציג את הפתרון הראוי לדעתנו, וזאת בראי הצעת החוק דנן.

נקדים ונאמר כבר עתה כי עיקרי המלצותינו מתבססים על המקרים שבהם לספק יש את כתובת ה-IP של המכשיר שבאמצעותו התפרסם הפוסט האנונימי וכי מכשיר זה משויך באופן בלעדי לאותו מפרסם. ויובהר כי לאור מצב דברים זה ייתכן שאין בהצעת החוק הנידונה לתת מענה כולל לסוגיה שלפנינו, וזאת הן מאחר וחלק מהמפרסמים עושים שימוש בשירות VPN ובשירותים אחרים באופן זה שאין באפשרות הספק לזהות את המכשיר שממנו פרסמו את הפוסט ושחלק מכתובות ה-IP שכן מצויים בידי הספק מקושרים למכשירים שבהם עושים שימוש אנשים רבים (למשל משרדים). לכן, באופן מקדמי להסדר המשפטי אנו ממליצים לבחון את התאמת ההסדר מבחינה פרקטית להתפתחות הטכנולוגיה בשנים האחרונות.

בקליפת אגוז, הצעת החוק מגדירה הליך דו-שלבי; בשלב הראשון, על התובע לפנות לספק האינטרנט – בצירוף תצהיר – ולבקש ממנו את פרטיו האישיים של המפרסם. במידה שהספק איננו מסכים להעברת המידע, בשלב השני רשאי המבקש לפנות לבית המשפט בבקשה לצו שיאפשר את חשיפת פרטי המפרסם לצורך הגשת תביעת לשון הרע. **לטעמנו**, על הפתרון החקיקתי לתת מענה לכמה מתחים ולבעיות העלולות לנבוע מהם. המלצתנו היא כי החוק המוצע יכלול מנגנון דו-שלבי, תוך שינוי השלב הראשון (הפנייה לספק השירות) לשם השגת שתי מטרות: מחד, הפיכת שיתוף ספק השירות בהליך לכהן שמדגיש את יתרונותיו כגוף המקשר בין הניצים (המפרסם האנונימי והנפגע) וכמונע הנזק היעיל; ומאידך, הימנעות מהפיכת ספק השירות לגוף מעין-שיפוטי.

1.2.1 שלב ראשון: הפנייה לספק השירות

לפי הצעת החוק, אדם המבקש להגיש תביעה לפי חוק איסור לשון הרע יגיש **בקשת חשיפה לספק השירות** שבאמצעותו פורסם התוכן הפוגעני (סעיף 3(ב)(1) להצעת החוק), על מנת לקבל מידע אודות המפרסם האנונימי. **על ספק השירות להשיב לבקשת החשיפה בתוך 30 יום, בכתב ובצורה מנומקת** (סעיף 3(ב)(3) להצעת החוק).

העלויות המושטות על ספקי השירות

דצמבר 2021

מסירת נתוני תקשורת ממאגר המידע של ספק השירות עשויה להיות **כרוכה בעלויות רבות**, בעקבות אחריות הספקים לקחת חלק בהליכי בקשת החשיפה. אחריות זו תדרוש הקצאת כח אדם ותשומות נוספות. לקיחת חלק בהליך תוך עמידה בזמן הקבוע בחוק מצריכה מספק השירות לנהל מערכת תגובה אשר תתנהל מול המבקשים. ניהול מערכת כזו כרוכה בהוצאות כלכליות גבוהות לשם העסקת עובדים נוספים והכשרתם לכך. הדבר ישפיע בוודאי על הצרכנים וייקר את התשלום שידרשו ספקי השירות בגין שירותיהם. משכך, יש לבחון אם הצעת החוק לוקחת בחשבון את העלויות המושגות על ספקי השירות.

עם זאת, יובהר כי לאור סקירת המשפט המשווה והצעות החוק הקודמות שהונחו על שולחן הכנסת, נדמה שהשתת עול מסוים במסגרת ההסדר על ספקי השירות הוא בלתי נמנע ומחויב המציאות. מבחינת שיקולי המדיניות יש היגיון בשיתוף ספק השירות בהליך בקשת חשיפת המידע; זאת, הן משום שפנייה מוקדמת לספק השירות עשויה להוות סנן יעיל שיצמצם את העומס על בתי המשפט, והן – וזה עיקר – משום שבאפשרותו של הספק לייעל את ההליך כגורם המקשר היחיד בין המבקש לבין המפרסם האנונימי, ובכך לתת מענה גם אם חלקי לבקשותיו של הנפגע בצורה האפקטיבית ביותר, לעיתים תוך מניעת נזקים כספיים שייגרמו לצדדים כתוצאה מהתדיינויות משפטיות ממושכות. טיבן של יתרונות השתת אחריות מסוימת על ספקי השירות יפורט בהמשך הדברים.

השיקול המוסדי – ספקי השירות אינם גופים "מעין-שיפוטיים"

הצעת החוק מגדירה בסעיף 3(ב) כי "ספק השירות ישיב לבקשת חשיפה... והוא רשאי להעביר את הפרטים המבוקשים באם סבר כי בקשת החשיפה הוגשה כדי לאפשר למבקש לנהל הליך משפטי נגד המנוי או למצות את זכויותיו כלפיו בלבד, וכי התוכן שלגביו הוגשה בקשת החשיפה עלול, בסבירות רבה, להוות עוולה כלפי המבקש". לשיטתנו, על החוק לבצע איזון שונה ביחס לאחריותם של ספקי השירות בהליך בקשת חשיפת האנונימיות. זאת, בהתחשב בין היתר באינטרסים המגוונים ובחובותיו של ספק השירות כגוף מסחרי-פרטי.

ספק השירות איננו גוף שיפוטי או מעין-שיפוטי, ואיננו מתיימרים להופכו לכזה. הסדר שיטיל על הספק את הצורך לבחון את פנייתו של מבקש החשיפה בעיניים משפטיות (ובעניינינו, לשקול האם התוכן המפורסם עלול בסבירות גבוהה להוות עוולת לשון הרע), הופך את היועץ המשפטי של ספק השירות, או לחלופין ולחומרה את נציג השירות לגופים שאמונים על קבלת החלטות משפטיות במהותן. בהסדר דנן, אשר בלב לבו עומד איזון עדין כל כך בין זכויות יסוד במעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית, לדעתנו אין מקום להטיל אחריות מעין-שיפוטית כגון זו על הספק. משכך, נמליץ לשנות את ניסוחו של סעיף 3(ב) כך שתפקידו של ספק השירות בהליך בקשת החשיפה יהיה כפי שנמליץ להלן – ובאופן שיביא לידי ביטוי את יתרונותיו כגורם המקשר בין המבקש למפרסם.

הפתרון המוצע ביחס לשילוב ספקי השירות

כמפורט, ישנה חשיבות ביצירת השלב הראשון, במסגרתו נדרשת פנייה ראשונית של המבקש לספק השירות, בטרם בקשת צו מבית המשפט. שלב זה מהווה מעין "סנן" יעיל שסביר שימנע חלק מן התביעות אשר בהעדר קיומו היו מגיעות לפתחו של בית המשפט, ובכך יפחית את העומס על הרשות השופטת. זאת מתוך הנחה שמפרסמים אנונימיים מסוימים יירתעו מהאפשרות שפרטיהם יחשפו על-ידי מתן צו שיפוטי ויעדיפו לחשוף את פרטיהם בעצמם או לכל הפחות יתרצו להסיר את הביטוי הפוגעני, לחדול מפרסום שעלול לפגוע במבקש ו/או למסור את התנצלותם – כל אלו באופן שעשוי

דצמבר 2021

לרצות את הנפגע במידע כזו שהאחרון יוותר על ניהולו של הליך שיפוטי. בנוסף, כפי שנסקר לעיל, בהסדרים רבים הנוהגים בעולם, גם בשיטת המשפט המקובל, וגם בשיטה הקונטיננטלית, מהווה שלב זה שלב הכרחי ומקדים לשלב בקשת הצו מבית המשפט. לכן, אנו ממליצים **שלא לבטל שלב זה באופן גורף, אלא לשנותו**; לאור השיקולים הכלכליים והמוסדיים הני"ל, **המלצתנו ביחס לשלב פניית המבקש לספק השירות** תפורט להלן ותחולק ל-3 נדבכים.

1. כאמור לעיל, **מוצע לבטל את** אחריותו של הספק **להכריע** בבקשות החשיפה במסגרת השלב הראשון להסדר, שכן מדובר בהכרעה הראויה להתקבל על-ידי בית המשפט, אשר לו היתרונות המוסדיים הברורים בסוגייה.

2. לשיטתנו, בביטול אחריות הספק להכריע בבקשה **אין כדי לאיין את חובת המבקש לפנות לספק השירות לפני הגשת בקשה לבית המשפט**; בעת פנייתם של המבקשים, חובתם של ספקי השירות תהיה להשתדל **בשקידה סבירה וראויה ליידע את המפרסם האנונימי בדבר הבקשה, ולבקש את הסכמתו לחשיפת פרטיו**. ככל שהמפרסם יסכים לחשוף את פרטיו האישיים, הליך בקשת החשיפה יתייטר. יובהר כי אחריות כגון זו על ספקי השירות קיימת גם בהסדר היפני, במדינת וירג'יניה בארה"ב, וכן הוצעה בישראל במסגרת הצעת חוק חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2012.¹⁵¹ כמו כן, בשיטה זו בא לידי ביטוי יתרונו של ספק השירות כגורם המקשר בין המבקש למפרסם האנונימי. אמנם, קיים חשש שמא במקרים רבים המפרסם יסרב לחשיפת פרטיו מרצון, אך לשיטתנו מדובר בשלב ראשוני שנועד לפתור את ההליך במידה שהמפרסם בטוח בצדקת דרכו, ומשכך לא יתנגד להסיר מעליו את מעטה האנונימיות.

3. **Online Dispute Resolution (ODR)**:¹⁵² ככל שתשובתו של המפרסם לחשיפת פרטיו תהיה שלילית, ומתוך תפיסה שכך יקרה במקרים רבים – **מוצע לייסד מנגנון חלופי ליישוב סכסוכים שיתקיים באופן מקוון על-גבי פלטפורמה שיעמיד ספק השירות לרשות הצדדים**. דהיינו, חלף חיובם של ספקי השירות לבחון את הבקשות ולהכריע בהן, המלצתנו היא לחייב את ספקי השירות ליצור פלטפורמה דיגיטלית – **Online Dispute Resolution** – שבה יתאפשר למבקש ולמפרסם לנהל שיח אלקטרוני (צ'אט) אנונימי. שיח זה יצור מנגנון חלופי ואלקטרוני ליישוב הסכסוך – וזאת בטרם חשיפת זהותו של המפרסם, קרי: **בטרם הפגיעה בפרטיותו**. כך, שילובו של ספק השירות בהליך החשיפה ידגיש את יתרונו המרכזי ביצירת הקשר, ויאפשר לעובד מטעמו להציע פשרות אשר במסגרתן עשויים המבקש והמפרסם להגיע להסכמות באופן שייתר את המשך ההליכים. כך, נציע לעגן בהצעת החוק שבמסגרת הליך ה-ODR יציע נציג הספק לצדדים הסדרים במסגרתם יסכים המפרסם להסיר את התוכן הפוגעני לכאורה מהרשת או לפרסם התנצלות מטעמו, בתמורה לכך שהמבקש יוותר על בקשת חשיפת האנונימיות. לשיטתנו, הסדר זה יוביל לפתרון הסכסוך תוך פגיעה פחותה ככל הניתן בזכויות היסוד, וישג בצורה מיטבית את התכלית של מניעת עומסים כבדים על בתי המשפט בעקבות ההסדר.

¹⁵¹ ההסדרים הללו פורטו בהרחבה לעיל במסגרת פרק המשפט המשווה.

¹⁵² להגדרת ODR ולהמלצות ליישומו בסכסוכי קניין רוחני על הפרות שמתרחשות ברשת האינטרנט ר' Scott A. Tarbell, Don't Tread on Me: The need for an Alternate Dispute Resolution Process for the Creators and Uploaders of User-Generated Content, 14 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 27 (2014); כן ר' Resolution, 45 U.N. COMM'N ON INTL TRADE L. Y.B. 171 (2014).

לאור המלצותינו שפורטו לעיל באשר לאופן יישומו של שלב הפנייה לספק השירות, להלן נמנה מספר המלצות כלליות ביחס לשלב זה בהסדר.

1. **חשיבותה של ההסכמה מדעת:** קיים חשש שספקי שירות יבחרו להחתים את המנויים על סעיף "ברירת מחדל" לפיו הם מסכימים לחשיפת פרטיהם, וכך יוכלו להסכים אוטומטית לכל פנייה מצד המבקשים במסגרת השלב הראשון של הליך החשיפה. מלבד החשיפה לתביעות מכוח דיני החוזים האחידים, יהיה המעשה מנוגד לדרישה בסעיף 3(א) להצעת החוק, לפיו ספק שירות לא יגלה פרטי מידע של מנוי שלו או מידע שיש בו כדי לזהותו, אלא אם כן המנוי נתן לכך הסכמה מדעת. משכך, יש להבטיח יצירת מנגנון בו יוכל המנוי לתת הסכמה אותנטית מדעת, קרי: שהפרטים והשלכות ההליך יהיו גלויים בפניו על-מנת שיוכל לקבל החלטה מושכלת. משכך, ובשל הנורמה של סעיפי ברירת מחדל במקרים מסוג זה, **המלצתנו היא להגדיר באופן ברור שסעיף ברירת מחדל כאמור לא מהווה הסכמה מדעת הנכנסת בגדרו של הסעיף.**

2. **הוספת פורמט לתצהיר בקשת החשיפה בתוספת:** אנו מחזקים את ההחלטה לפיה על המבקש להגיש תצהיר ערוך כדין במסגרת בקשת החשיפה. מטרת התצהיר היא מניעת מצב של בקשות סרק מרובות מצד מבקשים, באופן המהווה ניצול לרעה של חוק זה. התצהיר מבטיח עוד שלא תהיינה פגיעות בפרטיותו של המפרסם האנונימי כתוצאה מנקמות ומבקשות לא צודקות, עליהן החוק לא מתיימר לחסות. לאור הנימוקים הראויים שלעיל, **משכך, נמליץ להגדיר בתוספת לחוק פורמט אחיד לתצהיר, אשר ייצר וודאות ויבטיח שלא יחסרו פרטים אשר הצעת החוק מגדירה כהכרחיים במסגרת התצהיר.** ויובהר כי אין בכוחו של התצהיר להעיד על כך שקיימת עילת תביעה לכאורה.

3. **התוויית קווים מנחים לאופן חשיפת פרטי המידע על-ידי ספקי השירות:** ככל שתתקבל הסכמה מדעת של המפרסם האנונימי לחשיפת פרטיו על-ידי ספק השירות, **נמליץ** לדייק בהצעת החוק מהם פרטי המידע אותם צריך הספק לחשוף בעת העברת המידע למבקש – גם אם במסגרת קווים מנחים (למשל, להוסיף דרישה למסירת מידע הנדרש להמצאת כתב התביעה בלבד, בניגוד לכל הפרטים המצויים אצל הספק). הגדרת הקווים המנחים לאופן חשיפת המידע חשובה על-מנת לאזן באופן המיטבי בין הזכות לפרטיות של הלקוח לבין לשון הרע שנטען שמתקיים. בהלימה, הדבר ייצר וודאות אצל הספקים, והללו יהיו פחות חשופים לתביעות מצד לקוחותיהם בטענה שחשפו פרטים שאינם נחוצים או שאינם נדרשים.

2.2.1. שלב שני: בקשת צו מבית המשפט

השלב השני במנגנון החשיפה הוא הפנייה לבית המשפט בבקשה לחשיפת המידע. השיקולים העומדים בעיצוב שלב זה, הינם "שיקולים חוקתיים", קרי איזונים בין זכויות. ככזה, כפי שנאמר לעיל, על ההסדר לעמוד ברוח האיזון החוקתי ורוחה של פסקת ההגבלה.¹⁵³ עמדו על כך שופטי הרוב

¹⁵³ סי' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

דצמבר 2021

בפרשת **רמי מור**,¹⁵⁴ בבקשתם לחוקק חוק שיתמודד עם הבעיה, שכן יש צורך בהסמכה בחוק לפגיעה בזכויות חוקתיות הנגרמת מהסדר זה.

משכך, לדעתנו יש צורך בקביעת דרישות דיוניות ומהותיות שינחו את בית המשפט במהלך הדיון בבקשת החשיפה. נדגיש כי המלצותינו נובעות משילוב בין הסדרים הנהוגים במשפט המשווה, וכן פסיקותיו של בית המשפט הישראלי וניסיונות החקיקה הקודמים. להלן עיקרי הדברים.

1. מומלץ לדרוש כי תנאי מקדמי לבקשת הצו יהיה כי בית המשפט השתכנע שהתובע מבקש את הצו **בתום לב**, בדומה לדעת השופט עמית במחוזי בעניין **רמי מור**¹⁵⁵ ולדרישת השופטים בעניין **Cahill**.¹⁵⁶ זאת על-מנת למנוע בקשות סרק הנובעות מתוך נקמנות או שיקולים פסולים אחרים.

2. על מנת שבית המשפט יוכל להתרשם ולבחון את הבקשה בצורה מקצועית, יש לדרוש מהמבקש להציג לו – בדומה לשלב הראשון – את ה**ציטוטים המדויקים** הרלוונטיים מושא הבקשה.

3. הצעת החוק מורה כעת כי מתן צו בית משפט לחשיפה יכול להינתן במעמד צד אחד, וזאת מבלי שנעשה ניסיון פנייה למפרסם ובאופן המהווה פגיעה משמעותית בזכותו לפרטיות ולאנונימיות (סעיף 3(ג)(2) להצעת החוק). כאמור, לשיטתנו יש **לחייב יידוע או למצער ניסיון יידוע של המפרסם האנונימי כבר בשלב הראשון במסגרת הפנייה לספק השירות**. יידוע המפרסם חשוב לאין ערוך, וזאת משני טעמים; הטעם הראשון הוא השמירה על זכות היסוד של המפרסם האנונימי לפרטיות ולגודל האפקט המצנן שיהיה באפשרות למתן צו חשיפה במעמד צד אחד על חופש הביטוי. הטעם השני הוא יעילות, שכן ייתכן שלאחר היידוע, המפרסם האנונימי יסכים לגלות את זהותו ובכך יתייתר ההליך. לכן, לכל הפחות, אנו ממליצים לחייב יידוע של המפרסם בשלב זה, תוך הגדרת טווח זמן מפורש לקבלת תשובתו ושמיעת טיעוניו, ובכך לבטל את האפשרות למתן צו חשיפה במעמד צד אחד.

4. מוצע כי יעוגן בהצעה הרף הראייתי הנדרש להיעתר לבקשת החשיפה על-ידי בית המשפט, ושרף ראייתי זה ייקבע ברמה של **חשש סביר** (על בסיס ראיות מהימנות לכאורה – כמפורט בהצעה) **לכך שקיימת עילת תביעה**. רף זה הולם ומידתי, שכן מחד הוא גבוה יותר מתביעת לשון הרע רגילה – אותה כל אדם יכול להגיש – וזאת בהתחשב בחשש מפגיעה בפרטיות שלא לצורך; ומאידך, הוא נמוך מרף של הוכחת כל יסודות העוולה – וזאת בהתחשב בשלב בהליך ובזכות לשם הטוב של המבקש. רף זה גם תואם את עמדתה של השופטת פלפל בעניין **מזמור** והוכר בעבר בפסיקה,¹⁵⁷ וכמו כן את רף ה-Summary Judgement שנקבע בפרשת **Dendrite**.¹⁵⁸

5. מומלץ לשקול לעגן בהצעת החוק **קווים מנחים** להכוונת הפסיקה. בדונו בבקשת חשיפה על בית המשפט לקחת בחשבון את עוצמת וסוג הביטוי (בהתאם לחלופות להגדרת "לשון

¹⁵⁴ מור בעליון, לעיל הי"ש 21.

¹⁵⁵ מור במחוזי, לעיל הי"ש 45.

¹⁵⁶ פרשת Cahill, לעיל הי"ש 139.

¹⁵⁷ עניין **מזמור**, לעיל הי"ש 50.

¹⁵⁸ עניין **Dendrite**, לעיל הי"ש 138.

דצמבר 2021

הרע"י¹⁵⁹; מאזן הנזקים הצפוי; ציפיות הפרטיות של המפרסם האנונימי ממקום הפרסום בהתאם לנסיבות המקרה, ועוד.

3.1 הערות כלליות

קוהרנטיות בחקיקה

בהקשר זה נמליץ לעגן בחוק הגנת הפרטיות סייג לפיו חריג להגנה על פרטיות הינו צו חשיפת אנונימיות שהתקבל בידי בית המשפט. זאת לשם יצירת סנכרון וקוהרנטיות עם חוק הגנת הפרטיות ועל מנת ליצור הסדר שיאפשר לתת לשינוי המוצע בחוק איסור לשון הרע "שיניים", קרי: שלא יהיה תיאורטי גרידא ולא יסוכל.

גמישות ההסדר

חשיפת זהותו של המעוול מותנית בכך שספקי השירות ישמרו מידע אודות זהותם של משתמשים. כיום, הספקים אכן שומרים את המידע – אך הם עושים זאת משיקוליהם הפרטיים כתוצאה מתמריצי השוק (הם צריכים את המידע בכדי לגבות תשלום), ולא מכוח חוק המחייב אותם לנהוג כך. לפיכך, יתכן שבמרוצת השנים לספקי השירות כבר לא יהיו תמריצים פרטיים לשמירת המידע, ומשכך ימחקו את הנתונים המזהים של המשתמשים כדי לא להיכלל תחת הגדרת "ספק שירות" בהצעת החוק, ובהתאם לא להיות מחויבים מכח ההסדר. משכך, בחלוף הזמן עלול להיווצר ספק בעילותו של החוק, ככל שישנה הסתמכות על כך שספקי האינטרנט ישמרו את המידע ללא חיובם לעשות כן. לכן, יתכן שבעתיד יידרש תמריץ או חקיקה המחייבת את ספקי השירות לשמור את אותם פרטים מזהים; לחלופין, ניתן לשקול הגדרה יותר גמישה ל"ספק שירות" בהצעת החוק – הגדרה שאיננה כוללת בתוכה דרישה לגוף "שברשותו נתונים מזהים או פרטי מידע של מנויים", אלא כוללת את כל הגופים אשר מספקים את השירותים האופייניים לספק שירות, דהיינו שירותי אחסון זמני, שירותי אירוח או שירותי גישה. באותה נשימה, נדגיש שמבחינת המצב כיום, איננו רואים קושי בהגדרת "ספק שירות" בהצעת החוק, וההערה שלעיל מתייחסת בעיקרה לשינויים אפשריים – בעקבות שינויים טכנולוגיים – אותם אי אפשר לצפות כעת.

4.1 סיכום

לטעמנו, ההסדר המפורט לעיל מהווה הסדר ראוי שמאזן בין כלל המתחים, השיקולים והבעיות שנידונו בהרחבה לעיל, ומאפשר חשיפה של מעוולים מחד, ושמירה על הפרטיות וחופש הביטוי ברשת מאידך. זאת, תוך ניצול יתרונותיהם של כלל הגופים אשר לוקחים חלק בהליך החשיפה, לשם ייעול ההליך ולמניעת עומסים על בתי המשפט – שיקול חשוב לאין שיעור בעת עסקינן ברגולציה שנוגעת למרחב האינטרנטי ותוביל לעיסוק משפטי נרחב.

מסמך זה נכתב על-ידי: אלון אבירם (ראש הצוות), יעל ערד, כרמל ארבוס, דניאל קופייצקי, שירה קרה, עמית נתן;
נבדק על-ידי: מנהלת סניף האוניברסיטה העברית, אביגיל פלג; ונציגת צוות המחקר, ציפורן ואן ופרן;
אושר לפרסום על-ידי: מנכ"ל "עומק" אור שלהבת.
בבקש להודות לד"ר רננה קידר על הערותיה המועילות.

בברכה,

מרכז 'עומק' – עיצוב מדיניות וחקיקה