

ביוש לנצח?

מאת

מיכל לביא*

מקובל להתייחס לביוש (Shaming) כפרסום פומבי של התנהגותו של פרט משום שסטה מנורמות או מהדין כדי להביא לפיקוח חברתי ולגנות אותו. כיום בעידן הכפר הגלובלי כל פרט יכול לבייש את רעהו בכתיבת פוסט ולפרסם התנהגות שאינה ראויה בעיניו. בתוך דקות מסר או פוסט יכולים להגיע לתפוצה רחבה בלחיצת כפתור ולפגוע במוניטין של הפרט. פרסום פומבי של התנהגות לא ראויה במדיום מקוון יכול להביא לצדק והגנות שפעמים רבות לא היו מתממשים באמצעות המשפט, לקדם הרתעה, יעילות ואף את חופש הביטוי. לצד היתרונות התופעה מעוררת קשיים ואתגרים. כל אחד יכול לבייש את רעהו לפי ערכיו האינדיבידואליים ולפגוע בפרט רק משום שהוא שונה ממנו. ביוש אף יכול לפגוע בכבוד המבוש ללא פרופורציה למעשה שבגינו בו. כאשר יוזמי הביוש הם אנשים פרטיים ולא בתי המשפט, הוא נעשה ללא הליך נאות ויכול לגרום להתפשטות שמועות שקריות. הסביבה הדיגיטלית הגבירה את היקף החשיפה למידע ואת נגישותו. בסביבה זו קשה לתחום את הביוש להגדרות מסורתיות. המניע לביוש יכול להיות רצון להביא לאכיפת נורמות, אך הביטוי המבייש עלול להיות לשון הרע. נוסף על זה קשה להותיר את הביוש בשליטה. ביטויים יכולים להיות מוצאים מהקשרם ולהתפתח ללשון הרע, אף אם הביטוי המקורי היה אמת. ביוש יכול גם להתפתח להתאגדות המונית נגד פרט ולהוביל להטרדה ולאלימות. כך פעולה שהחלה כדי לקדם סדר חברתי עלולה להוביל לאנרכיה. לפיכך, משקולים פרגמטיים, המאמר יגדיר ביוש מקוון בהרחבה, כמונח מטרייה שיכנס תחתיו סוגים שונים של ביטוי לפי מבחן התוצאה של הפצה אקטיבית של ביטוי שלילי: הפצה שמביאה לנזק דיגיטרי למושא הביטוי בעיני החברה. ביוש מעורר מגוון שאלות ואתגרים שעל מתווי המדיניות להתמודד עימם. הנושא יכול להיחקר מהיבטים רבים, אולם המאמר יתמקד בהיבט אחד: **תמידיות הביטוי בעידן הדיגיטלי והאפשרות לאתרו במנועי החיפוש**. הוא ישאל אם על המשפט להעניק סעד לפרט המבוש שהביטוי על אודותיו מאותר במנועי החיפוש, אימתי וכיצד. המאמר יתמודד עם שאלות אלו בהתמקדות בביוש "האנשים הרגילים", שאינם אנשי ציבור, ידוענים או תאגידים. תחילה הוא יסקור בקצרה את תופעת הביוש ויתיחס לתועלתו ולנזקיו. לאחר מכן יערוך טקסונומיה של ביוש ויאתר שלושה סוגים עיקריים של ביוש: (א) ביוש "טוב" לפי הנחיית בית המשפט; (ב) ביוש "רע" של פרט על לא עוול בכפו באמצעות הפצת לשון

* דוקטור למשפטים, עמיתת פוסט-דוקטורט, הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת חיפה; עמיתת מחקר בתכנית משפט וסייבר, מרכז פדרמן לסייבר באוניברסיטה העברית; עמיתת חשין לפוסט-דוקטורט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – התשע"ח. תודה מקרב לב והערכה נתונה לפרופ' גיא פסח, לפרופ' ראם שגב, לד"ר קטיה אסף, לאריאל נבו, למשתתפי סדנת הדוקטורנטים והחוקרים הצעירים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, למשתתפי הכנס השנתי התשיעי של האגודה למשפט פרטי (אוניברסיטת חיפה, יוני 2019), לשופטי המאמר, לעורכי ועורכות כתב העת **משפטים** במערכת הקודמת והנוכחית: אלעד סלומינסקי (העורך האחראי על המאמר), נדב ישראלי, דניאל בן דור ונועה צוקר; לעורכת המשנה לעניינים טכניים ספיר פז, לכלל חברי מערכת כתב העת **משפטים** ולעורכת הלשונית יהודית ידלין. המאמר נתמך במלגת חשין לפוסט-דוקטורט.

הרע, ביוש שכל מטרתו היא גרימת נזק נפשי ואין לו מטרה נוספת או ביוש שהתפתח ללשון הרע, להטרדה ולאלימות; ג) "ביוש המכוער" בשל סטייה מנורמה או הפרת דין מצד גורמים פרטיים.

בהמשך יתמקד המאמר בבעיית תמידיות המידע המבייש ויבחן אם ואימתי על המשפט לאפשר למבוש להביא לערפול הדברים באמצעות דרישה ממנועי החיפוש להסיר מתוצאות חיפוש שמו של פרט קישורים לתוצאות המביישות אותו. המאמר יתמקד במאפייני הסביבה הדיגיטלית ובהשפעותיה על נזקים דיגיטליים של הפצת מידע. המאמר יטען כי מאפיינים אלו מצדיקים הכרה בסעדים משפטיים נוספים לנפגע מהפצת מידע, נוסף על קטגוריות הסעדים המסורתיות בגין הפצת העולה כדי עבירה או עוולה. המאמר יתייחס ליתרונות ולחסרונות של ה"זכות להישכח" במקרה של ביוש ויגיע למסקנה כי יתרונות זכות זו וחסרונותיה אינם תקפים באחידות באשר לסוגי ביוש שונים.

המאמר יטען כי תפיסה דיכוטומית של הזכות להישכח, הבוחרת בין שכחה לזיכרון, אינה ראויה. בהמשך יטען כי ראוי להחיל את הזכות דיפרנציאלית, בתוך כדי הכרה בגוונים שונים של ביוש ויתווה כללי אצבע מנחים להסרת קישורים ממנועי החיפוש בתלות בסוג הביוש. כללים אלו יובילו לקידום יתרונות הביוש ויאפשרו את הקלת נזקיהן של פגיעות דיגיטריות בעידן הדיגיטלי אגב איזון בין אינטרסים וערכים.

מבוא; א. על ביוש "האנשים הרגילים" בידי צדדים שלישיים. 1. ביוש כמונח מטרייה לפגיעה דיגיטרית של הפצה אקטיבית של ביטוי על פרט בסביבה הדיגיטלית; 2. ביוש בעידן הדיגיטלי: הזדמנויות וסכנות; 3. טקסונומיה של ביוש מקוון: הטוב, הרע וביוש המכוער; 4. כלים מצויים להקלת נזקי הביוש. ב. **ביוש לנצח?** 1. בשבח השכחה. 2. זיכרון בעידן הדיגיטלי. 3. מגלים מחדש את השכחה: דין פוזיטיבי. 4. חושבים מחדש על סעד לנזקים דיגיטליים לאור מאפייני הפצת מידע בעידן הדיגיטלי. 5. ניתוח נורמטיבי: הצדקות וטיעוני נגד לזכות להישכח מתוצאות מנועי החיפוש. ג. **מתווה להסרת קישורים לביוש מתוצאות חיפוש שמו של אדם.** 1. הסרת קישורים לביוש "טוב". 2. הסרת קישורים לביוש "רע". 3. הסרת קישורים ל"ביוש המכוער". 4. יתרונם של הכללים המוצעים בסביבה הדיגיטלית. 5. המודל המוצע ועיגונו בדיון; ד. **היקף ההסרה.** 1. הגבלת ההסרה לזמין המקומי של מנוע החיפוש. 2. הסרת ביוש "רע" מאתר האינטרנט; ה. **המודל המוצע – מגבלות וביקורות.** 1. שרירותיות קביעת פרק זמן אחיד של שנה מיום הפרסום להסרת קישור ל"ביוש המכוער"; 2. קשיים ביישום המודל בנוגע לביוש "טוב"; 3. עמימות בשאלת סיווג הביוש והחלת המודל בידי עובדי מנועי החיפוש ובתי המשפט; 4. תתייצוג של האינטרס הציבורי במודל. ו. **הערת סיום בנוגע לביוש "טוב".** ז. **סיכום.**

מבוא

במשך ארבע שנים סירב אדם לתת גט לאשתו. בית הדין הרבני התיר להחרימו והמליץ לפרסם את תמונתו ואת פרטי החרם כדי להביא לשחרורה מקשר הנישואין. אלפי פוסטים זועמים ושיתופים גינו את אותו אדם ברשת החברתית.¹

1 ראו יקי אדמקר "שיימינג בחסות הרבנים: הוטל חרם על ד"ר לפיזיקה שמסרב לתת גט לאשתו" וואלה – חברה ורווחה (19.2.2016) bit.ly/2VyonGJ (ראו בכתבה עיקר החלטת בית הדין הרבני מיום 28.1.2016). על התגובה ברשתות החברתיות ראו "הרשת גועשת: בצעד חריג הותרו לפרסום פרטי סרבן

אדם מגלה יום אחד כי פרסום שקרי ברשת חברתית מאשים אותו בגזענות. הפרסום לא הוגבל לחברי המפרסם ברשת החברתית, זכה ל"שיתופים" והתפשט כאש בשדה קוצים. הפרסום אף זכה להסכמה בקרב מפיציו אשר הוסיפו תוספות המעניקות לו תוקף נוסף והמטירו חיציהם על המושמץ.²

נוסעים בטיסה תועדו כשהם תוקפים מילולית דייל שלא התפנה למכור לחברתם שוקולד. תיעוד התקרית הועלה לרשת וצבר בזמן קצר עשרות אלפי צפיות ושיתופים.³

הנוהג של ביוש פומבי קיים מאות שנים בהיסטוריה⁴ ונפוץ בתרבויות שונות.⁵ במקרים רבים שימש הביוש להטלת סנקציה על פרטים בחברה שנמצאו אשמים בעבירות.⁶

גט" NRG – יהדות (20.2.2016) bit.ly/2UMZhXe. בהמשך נעלם אותו אדם לאחר שברח לבלגיה עם דרכון מזויף. לבסוף נתפס ולמרות זאת המשיך לעמוד בסירובו לתת גט. ראו שמעון איפרגן "אשתי מבולבלת ומושפעת לרעה. לא אתן לה גט" mako (22.9.2016) bit.ly/2I6YzhP. לאחרונה הכריע בג"ץ בעתירתו של עודד גז וסרבן גט נוסף, וקבע ברוב דעות כי המלצות בית הדין לבייש אדם אינן דורשות הסמכה חוקית. ראו בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 28.2.2017) (להלן: "גז"ץ עודד גז). בסופו של דבר שחרר בית הדין הרבני בחיפה את האישה, בקובעו כי נפל פגם בקידושין והיא רווקה. ראו קובי נחשוני "אשתו של עודד גז שוחררה מעגינותה: 'לא גרושה. נחשבת כרווקה'" Ynet – יהדות (18.6.2018) bit.ly/2D4uZFF. במקרה אחר בויש סרבן הגט ירון אטיאס בהמלצת בית הדין הרבני ובסופו של דבר נתן גט לאשתו. נראה כי הביוש תרם לתוצאה זו. ראו אבישי גרינצווייג וגדי דויטש "סרבן הגט ירון אטיאס התגרש מאשתו" מעריב – חדשות משפט (3.6.2018) bit.ly/2Vx6DeJ.

2 זהו סיפורו של אריאל רוניס ז"ל, מנהל בלשכת האוכלוסין, אשר התאבד לאחר שפרסום שקרי שהאשים אותו בגזענות זכה ל-6,000 שיתופים ותגובות. ראו "מנהל בלשכת האוכלוסין התאבד לאחר שהאשים בגזענות" NRG – חדשות בארץ (24.5.2015) bit.ly/2Vz5ZgS.

3 חדשות 2 "ישראלים התפרעו בטיסה – צפו במהומה" Mako (22.2.2015) bit.ly/2VwB4BK. הסיפור זכה לכותרת "טיסת השוקולד", בשל הדברים שנאמרו במהלך ההתפרעות: "היא שילמה על כרטיס טיסה, תמכור לה את השוקולד, יא חתיכת זבל!" (להלן: עניין "טיסת השוקולד").

4 ראו (2007) 91 DANIEL J. SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, המתייחס לסנקציית הביוש ברומא העתיקה. ביוש כלל פעמים רבות דרישה שהנאשם יציג סימן על ראשו הנושא את האות הראשונה של העבירה שאותה ביצע, או יכתוב מכתב המודיע על התנהגותו השלילית. ראו גם רותי קמיני המרשם הפלילי 45–50 (2016) (קמיני מציגה דוגמאות נוספות מרומא, מאירופה ומארצות הברית). הביוש מקובל גם במסורת היהודית. המשפט העברי מתיר לבייש אדם בתנאים מסוימים אם מטרת הביוש היא ליצור לחץ על עושה עוולה לתקן מעשיו, והחוטא לא קיבל תוכחה בצנעה והמשיך במעשי העוולה שלו. הביוש מוצדק אפוא כדי להביא את החוטא לחזור בו ממעשיו. ראו יהודה זולדן "הלבנת פנים – ביוש ברשתות חברתיות (שיימינג)" תחומין 301, 294 (התשע"ז). בייחוד בהקשר של סרבנות גט מתווה הדין העברי את "הרחקות דרבנו תם", דהיינו הרחקה מחיי הקהילה וביוש ברבים, כדי להביא את סרבני הגט לקיים את פסקי הדין המחייבים אותם ליתן גט לבנות זוגם (ראו בג"ץ עודד גז, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינו של השופט דנציגר).

5 ראו Lauren M. Goldman, *Trending Now: The Use of Social Media Websites in Public Shaming* (Goldman, *Trending Now*) Punishments, 52 AM. CRIM. L. REV. 415, 418–420 (2015) (להלן: Goldman, *Trending Now*).

6 ראו Kristy Hess & Lisa Waller, *The Digital Pillory: Media Shaming of "Ordinary" People for Minor Crimes*, 28 J. MEDIA & CULT. STUD. 101, 103 (2014) (המציניים את תפקיד הביוש בהטלת סנקציות על פרטים בחברה שנאשמו בעבירות קטנות, לדוגמה שכרות). כותבים אחרים הדגישו את תפקיד הביוש במיגור עבירות כבדות יותר (ראו SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, לעיל ה"ש 4).

לעונשים אלו היה אפקט ממשמע, מאחר שהחברה התרכזה בקהילות קטנות שבהן אנשים הכירו זה את זה היטב. הביוש השיג את מטרתו בשל היכרותה של הקהילה עם הפרט שסטה מנורמה או ביצע עבירה.⁷ כך הושגה הסדרה פרטית והרתעה. בהמשך גדלו הקהילות, עברו תהליך של עיור, ופרטים כבר לא הכירו היטב את כלל האנשים המתגוררים בעירם. נוסף על זה, כלי התחבורה התפתחו ואפשרו ניידות בין ערים וקהילות. כמו כן הקמת בתי הסוהר סיפקה חלופה לביוש, וכך הוא ירד מגדולתו.⁸

כיום זוהי הביוש ללידה מחודשת. התפתחות הטכנולוגיה והאינטרנט יצרו "כפר גלובלי" חדש. בעידן האינטרנט של הדברים (IoT), הדיכטומיה בין רשתות מקוונות ללא מקוונות נשחקת, ואפשרויות הפיקוח החברתי הולכות ומתרחבות עוד יותר. כל אחד יכול לתעד את המתרחש סביבו בכל זמן ולחלוק את המידע.⁹ הטכנולוגיה מאפשרת למכשירים חכמים סביבנו לקלוט את המתרחש באמצעות חיישנים ולשדר ישירות לענן המידע.¹⁰ מידע על המבויש יכול להתפשט כאש בשדה קוצים בעקבות חיקוי פרטים אחרים,¹¹ מפלי ידע ומוניטין,¹² או "מילה מפה לאוזן" בין שחקנים חוזרים שקיימת היכרות מוקדמת ביניהם, או אינטרס משותף.¹³

7 ראו Goldman, *Trending Now*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 419. ראו גם קמיני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44 (הסכורה כי ביוש הוא צורה של הסדרה פרטית).

8 ראו Goldman, *Trending Now*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 421–423; SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, לעיל ה"ש 4, בעמ' 91–92 (שם התייחסו להקמת המטרופולין כסיבה להפסקת סנקציית הביוש); JON RONSON, SO YOU'VE BEEN PUBLICLY SHAMED 51 (2015) (התייחס לברוטליות הסנקציית כסיבה להיעלמותה).

9 רועי צונה השולטים בעתיד: הון-שלטון, טכנולוגיה, תקווה 275 (2017) (מתייחס למצלמות וידאו משוכללות בטלפונים חכמים וליכולתם לשדר נתונים במהירות מסחררת לרשת האינטרנט).

10 MIREILLE HILDEBRANDT, SMART TECHNOLOGIES AND THE END(S) OF LAW 41 (2015) (מתייחסת לביטול הדיכטומיה בין העולם האנלייני ואופלייני ומגדירה את המצב כעולם "אונלייף"). להרחבה על הגברת הפיקוח והמעקב החברתי בעידן האינטרנט של הדברים ראו Andrew Tutt, *The Reversibility Principle*, 66 HASTINGS L.J. 1113, 1154 (2015); Kristine L. Gallardo, *Taming the Internet Pitchfork Mob: Online Public Shaming, the Viral Media Age, and the Communications Decency Act*, 19 VAND. J. ENT. & TECH. L. 721, 725–726 (2017).

11 לדוגמה באמצעות "ממים" (מונח שטבע ריצ'ארד דוורקינס כדי לתאר יחידות קטנות של תרבות שמתפשטות מאדם לאדם באמצעות חיקוי או העתקה). באינטרנט "ממים" הם פוסטים שחולקים אותם בחברה ובמסגרתם מתפשטים נורמות וערכים. ראו AN XIAO MINA: MEMES TO MOVEMENTS: HOW THE WORLD'S MOST VIRAL MEDIA IS CHANGING SOCIAL PROTEST AND POWER 6, 20 (2019); LIMOR SHIFMAN, MEMES IN DIGITAL CULTURE 2, 9–15 (2014).

12 מפלים נוצרים כאשר אינדיווידואלים מאמצים את ההצהרות או הפעולות של קודמיהם ואינם מביעים דעה מנוגדת כי הם מאמינים כי קודמיהם צודקים, או ממשיכים לאמץ שמועה בעקבות ההמון כדי לשמר את המוניטין שלהם. ראו CASS R. SUNSTEIN, #REPUBLIC – DIVIDED DEMOCRACY IN THE AGE OF SOCIAL MEDIA ch. 4 (2017) (להלן: SUNSTEIN, #REPUBLIC); Cass R. Sunstein & Reid Hastie, *Four Failures of Deliberating Groups* (U. of Chicago Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 215, 2008).

13 עשויה להתבצע באמצעות הידבקות וחיקוי (הפצת "ממים" ברשתות לדוגמה), וכן באמצעות הפצה

ככל שהמידע מתפשט כן גוברת אמינותו בקרב קהל היעד מאחר שאנו נוטים להאמין לביטויים שאנו נחשפים להם תדיר.¹⁴ התפשטות המידע אף מגבירה את הסיכוי כי יגיע לעמודי החיפוש הראשונים במנועי החיפוש, יאותר, יזכה לחשיפה נרחבת ויתפס אמן, מאחר שמשתמשים מייחסים משקל רב למידע ככל שדירוגו במנועי החיפוש עולה.¹⁵ הפרסום יותיר אפוא שובל של ביוש אחר המבויש.¹⁶

מידע ותמונות המתפשטים באינטרנט אף עשויים להגיע למדיה המסורתית שתביא לקונטקסטואליזציה של המידע המבייש ולהביא לזיהוי המבויש.¹⁷ גם טכנולוגיות חדשניות עשויות לאפשר קונטקסטואליזציה של הביוש. ככל שהשימוש בטכנולוגיות דוגמת בינה מלאכותית ולמידת מכונה יתגבר, כן יתאפשר זיהוי פניו של כל מצולם בתמונה אקראית.¹⁸ נוסף על זה, תהליך התפשטות המידע המבייש, במסגרת יוזמות פרטיות ברשתות חברתיות או באתרים ייעודיים שהם זירות לביוש פרטים שסטו מנורמות,¹⁹ יכול להוביל לזיהוי המבויש.²⁰ הטכנולוגיה מגבירה את השלכות הביוש ומסייעת, פעמים רבות, לשמר נורמות

מהרבה להרבה כאשר מתרחשת האצה חדה של התפשטות בזמן קצר. במקרה פרטי זה של הפצה משנית נוצר אירוע ויראלי.

14 הגברת החשיפה לתוכן, אף אם מטרתה להפריכו, מגבירה את הסיכוי שיאמינו לו. ראו CASS R. SUNSTEIN, CONSPIRACY THEORIES AND OTHER DANGEROUS IDEAS 25–27 (2014) (להלן: NICHOLAS DIFONZO & PRASHANT BORDIA, RUMOR ; (SUNSTEIN, CONSPIRACY THEORIES Gordon PSYCHOLOGY: SOCIAL AND ORGANIZATIONAL APPROACHES 225 (2007) כן ראו Pennycook, Tyrone D. Cannon & David G. Rand, *Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News*, J. EXPERIMENTAL PSYC. (2018).

15 Bing Pan et al., *In Google We Trust: Users' Decisions on Rank, Position, and Relevance*, ראו 12 J. COMP. MED. COMM. 801 (2007).

16 SIVA VAIDHYANATHAN, THE GOOGLIZATION OF EVERYTHING (AND WHY WE SHOULD WORRY) 21 (2012), ככל שהפרטים שייקשרו לתכנים רבים יותר, כך עולה דירוגם במנוע החיפוש. כאשר התכנים מופצים הפצה משנית, נגישותם עשויה לעלות במנועי החיפוש. ראו EVGENY MOROZOV, TO SAVE EVERYTHING, CLICK HERE ch. 8, 279, 280 (2013); Daniel J. Solove, *Speech: The Folly of Technological Solutionism; Privacy and Reputation on the Internet*, in THE OFFENSIVE INTERNET: PRIVACY, SPEECH AND REPUTATION 15, 15–19 (Saul Levmore & DANAH BOYD, IT'S COMPLICATED ; (Solove, *Speech* : (להלן: Martha C. Nusbaum eds., 2012) 11 (2014); JACOB SILVERMAN, TERMS OF SERVICE: SOCIAL MEDIA AND THE PRICE OF CONSTANT CONNECTION 168–174 (2015).

17 Hess & Waller, לעיל ה"ש 6, לדוגמה כוכבות "טיסת השוקולד" זוהו בשמן במדיה המסורתית. ראו Ryan Calo, *Artificial Intelligence Policy: A Premier and a Roadmap*, 51 U.C DAVIS L. REV. 399, 402 (2017). כן ראו Joaquin Q. Candela, *Managing Your Identity on Facebook With Face Recognition Technology*, FACEBOOK – NEWSROOM (Dec. 19, 2017) bit.ly/2UMZLNl (טכנולוגיית זיהוי פנים בשימוש הרשת החברתית פייסבוק).

19 SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION (לעיל ה"ש 4), מתייחס לאתרים ייעודיים לביוש נהגים גרועים, אנשים קמצנים שהשאירו תשר (טיפ) קטן במסעדות, גברים שהתנהגו בגסות רוח כלפי נשים שעזמן נפגשו, פרטים שבגדו בכך זוגם ותלונות על שירות.

20 ELI PARISER, THE FILTER BUBBLE 194–200 (2011); BERNARD E. HARCOURT, EXPOSED: SILVERMAN ; DESIRE AND DISOBEDIENCE IN THE DIGITAL AGE 138–139 (2015), לעיל ה"ש 16, בעמ' 65. עיתונאים יכולים להפיץ מידע אליו נחשפו באינטרנט בפרופילים האישיים שלהם. כיום אפליקציות שונות אף מאפשרות זיהוי פני מצולמים בתמונות, וככל שיתפשט השימוש במשקפיים של

של תרבותיות ואתיקה.²¹ כל פרט ופרט בחברה יכול לסייע לאכוף נורמות ודין²² ולהביא להגברת הסדר החברתי.²³ בתי המשפט אף הם מגלים את הביוש ומעורדים הפצה אקטיבית נרחבת של הפרות דין של פרטים ברשתות חברתיות.²⁴ בעידן הדיגיטלי המבוש אינו יכול להיעלם מהמבט הציבורי, וזכותו לאוטונומיה ולכבוד ואף פרטיותו עלולים להיפגע,²⁵ לעיתים אף בלא מידתיות ביחס למעשה שבגיניו

גוגל וכלים של מציאות רבודה, תתאפשר קבלת נתונים על המבוש בזמן אמת. כמו כן, בתהליך הפצת התמונות הן עשויות להגיע לפרטים שמכירים את המבוש ויחייגו אותו בשמו. השימוש בטכנולוגיות זיהוי פנים צפוי להתרחב ככל שמשווקים יאמצו טכנולוגיה זו לקידום פרסונליזציה במסחר מחוץ למרחב המקוון ויטמיעו אותה במצלמות במרכזי הקניות. ראו JOSEPH TUROW, THE AISLES HAVE EYES: HOW RETAILERS TRUCK YOUR SHOPPING, STRIP YOUR PRIVACY AND DEFINE YOUR POWER 237 (2017).

21 SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, לעיל ה"ש 4, בעמ' 92–93.

22 שם, בעמ' 80 (מתייחס ליוזמות פרטיות להפצת תמונות ברשתות שהביאו לתפיסת עבריינים, לדוגמה גנב טלפון סלולרי).

23 RONSON (לעיל ה"ש 8, בעמ' 5–9), המתאר כי פרטים פתחו פרופיל מזויף של רונסון ולמעשה גנבו את זהותו. הוא נפגש עימם, ריאיון אותם והעלה את הריאיון ליוטיוב. הריאיון גרר גינויים ובעקבות זאת הפרופיל הוסר. ראו גם CLAY SHIRKY, HERE COMES EVERYBODY: THE POWER OF ORGANIZING WITHOUT ORGANIZATIONS 1–6 (2008) (נותן דוגמה כיצד ביוש ברשתות הביא להפעלת לחץ על המשטרה לעצור ילדה שגנבה טלפון נייד).

24 Goldman, *Trending Now*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 446 (מציינת כי לשימוש של בתי המשפט ברשתות חברתיות לביוש פוטנציאל של ממש בקידום יעילות, אולם נדרשים קווים מנחים כדי לצמצם בעיות של שימוש בסנקציה בלא עקיבות). יצוין כי הסנקציה כבר קיימת, כפי שראינו בדוגמאות בעניין עודד גז ובמקרה של ירון אטיאס בפתח המאמר (ראו לעיל ה"ש 1), ומצאתי בספרות מקרה נוסף בחו"ל, שבו השופט קימבלר מאוהיו שבארצות הברית הפיץ סרטונים של גור הדין ביוטיוב כדי לבייש את הנאשמים ולחנך את הציבור. ראו A.S.Y. Cheung, *Revisiting Privacy and Dignity: Online Shaming in the Global E-Village* 7 (University of Hong Kong, Faculty of Law, Working Paper No. 2012-019, 2012).

25 הזכות לפרטיות היא זכות יסוד (ס' 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). בין פרטים, מוגנת הזכות בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981. ביוש מתרחש פעמים רבות בגין פעילות בספרה הציבורית. לכאורה, ציפיות הפרט לפרטיות פחותות והזכות מוחלשת. אולם, חוק הגנת הפרטיות עדיין חל על מקרים אלה, וס' 4(2) לחוק קובע כי עוולה של פגיעה בפרטיות היא גם פרסום תצלום של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום לבזות או להשפילו. במישור הנורמטיבי הזכות לפרטיות קיימת במצבים אלה בעיקר בהיבט הראשוני, לפי הרציונל של "הזכות להיעזב לנפשך" שעליו עמדו וורן וברנדייס ומקבלת משנה תוקף לאור טכנולוגיות חדשות, בעיקר כיום כאשר קל הרבה יותר לגשת למידע ציבורי, ובעלי עניין מסחרי יכולים לצבור אותו וליצור מאגרים של מידע על הפרט. ראו Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 1 KINGSTON L. REV. 66 (1968). לתמיכה במרחב פרטי בספרה הציבורית בעידן של טכנולוגיות מתפתחות וביטול הדיכוטומיה בין פרטי לציבורי ראו Shlomit Yanisky-Ravid, *To Read or Not to Read: Privacy Within Social Networks, The Entitlement of Employees to a Virtual "Private Zone", and the Balloon Theory*, 64 AM. U. L. REV. 53, 83–85 (2014); HELEN NISSENBAUM, *PRIVACY IN CONTEXT* (2010). במישור הפוזיטיבי מחקרים אמפיריים גילו שנגישות המידע לציבור אינה מובילה למסקנה כי הפצתו ראויה, ויש ציפיות פרטיות סבירות גם בנוגע לתיעוד ציבורי של מידע. כך אף אם אפשר להגיע למידע בנקל, פעמים רבות עדיין קיימת ציפייה סבירה לפרטיות בנוגע אליו, ולפרטים עדיין חשוב ממי קיבלו את המידע (מושא המידע או ברוקרים של מידע). ממצאים אלה קוראים תיגר על תפיסה דיכוטומית שמבדילה בין תיעוד פרטי

בוש.²⁶ נוסף על זה, פרטים נוטים לייחס לביטוי שלילי משקל רב לעומת ביטויים אחרים באותה זירה לנוכח הטיית הנגטיביות. לפיכך אף אם הביטוי המבייש יתוקן בביטוי נגד, הוא עדיין עלול להיחרט בתודעה.²⁷

המאמר יתמקד בביוש ה"אנשים הרגילים" (the ordinary people) שאינם אישי ציבור, ידוענים,²⁸ או תאגידים,²⁹ בידי צדדים שלישיים.³⁰ אחד הקשיים המרכזיים שביוש בעידן

- לציבורי. ראו Kirstan Martin & Helen Nissenbaum, *Privacy Interests in Public Records: An Empirical Investigation*, 31 HARV. J. L. & TECH. 111 (2017). בארצות הברית שלטת תפיסה שלפיה אין פרטיות במידע בספרה הציבורית ויש רק מעט הגנה למידע שגילו לאחרים. ראו ARI E. WALDMAN, *PRIVACY AS TRUST: INFORMATION PRIVACY FOR AN INFORMATION AGE* 96–99 (2018). אולם קיימת אי-בהירות בשאלה מהו מידע בספרה הציבורית. הרצוג מחדד כי תיוג מידע כ"נמצא בספרה הציבורית" הוא תוצאתי ותלוי בערכים. ראו Woodrow Hartzog, *Body Cameras and the Path to Redeem Privacy Law*, 96 N.C. L. REV. 1257, 1290–1294 (2018); Woodrow Hartzog, *The Public Information Fallacy*, 99 B.U. L. REV. 459, 513 (2019) (Fallacy).
- 26 Tuttt, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1153–1155, מתייחס לטכנולוגיות המשנות את האיוון ופוגעות ברברסביליות הביוש.
- 27 Roy Baumeister et al., *Bad is Stronger than Good*, 5 REV. GEN. PSYCHOL. 323 (2001); Elizabeth A. Kensinger, *Negative Emotion Enhances Memory Accuracy: Behavioral and Neuroimaging Evidence*, 16 CURR. DIRECTIONS IN PSYCHOL. SCI. 213 (2007).
- 28 הדיון בוכות להישכח באשר לאישי ציבור או ידוענים יצריך איוונים שונים בשל האינטרס הציבורי במידע על אודותיהם והתפיסה שבעל תפקיד בחיים הציבוריים מוותר במידה מסוימת על הזכות לפרטיות. בהגדרת "האנשים הרגילים" לא ייכללו דמויות ציבוריות כלליות ואף לא דמויות ציבוריות למטרה מוגבלת שהתכוונו לדחוף עצמם למרכז של מחלוקת ציבורית. אולם הדיון יכול להיות דמויות ציבוריות לא וולונטריות. להרחבה על ההבחנות בין אדם פרטי, דמות ציבורית, דמות ציבורית כללית ודמות ציבורית למטרה מוגבלת ראו Michael L. Rustad & Sanna Kulevska, *Reconceptualizing the Right to be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow*, 28 HARV. J. L. & TECH. 349, 400–406, (2015); Kate Klonick, *Facebook v. Sullivan* (Knight First Amendment, 2018), Thomas E. Kadri & Kate Klonick, *available at bit.ly/2P2Hs16*. Klonick, *Facebook v. Sullivan: Building Constitutional Law for Online Speech*, S. CAL. L. REV. 20 (forthcoming, 2019), *available at bit.ly/2VFg77R*. Robert Post, *Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right to be Forgotten, and the Construction of Public Sphere*, 67 DUKE L.J. 981, 1013 (2018).
- 29 בנוגע לתאגידים עומדים שיקולים אחרים באיוון הראוי בשאלת הביוש. לדוגמה, הזכות לפרטיות אינה חלה בנוגע אליהם (ראו ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות, המוציא תאגידים מהגדרת "אדם" בחוק). ראו גם FCC v. AT&T., 562 U.S. 397, 404 (2011) (בארצות הברית). גם באירופה החקיקה החדשה בנושא הגנת מידע מתייחסת למושא מידע שהוא "אדם טבעי" ולא לתאגיד. ראו The EU 2016/679 General Data Protection Regulation (GDPR), Art. 4(1). מלבד זאת, למדיניות המאומצת בתאגיד יכולות להיות השלכות נרחבות יותר על הכלל, ובכך יש להגביר את האינטרס הציבורי במידע לעומת מידע בנוגע לפרט. לדוגמה, בתחום של אבטחת מידע הביוש יכול לתמרץ תאגידים לאמץ את "הפרקטיקות הטובות" בתעשייה, לצמצם את הסיכון לנזק בגישה לא מאושרת למידע של עובדי התאגיד וצדדים שלישיים ולהביא לתועלת לכלל. ראו Scott J. Shackelford et al., *When Toasters Attack: A Polycentric Approach to Enhancing the "Security of Things"*, 2017 U. ILL. L. REV. 415, 466 (2017).

הדיגיטלי מעורר הוא תמידיות הביטוי והיכולת לאתרו אשר משנה את האיוון שהיה בעבר. המאמר יבחן את השאלה אם ראוי כי ביוש יימשך לנצח, ואם לא, כיצד ראוי לתחום את היקפו ולאפשר לו זכות להישכח.

המאמר יתקדם כדלהלן: פרק א יפתח בהצגת המסגרת למאמר ויגדיר ביוש כמונח מטרייה הכולל פגיעה דיגיטרית באדם בעיני החברה בעקבות הפצה אקטיבית של ביטוי שלילי על אודותיו. המאמר יתייחס לטיעונים בשבח הביוש, לקשיים שהוא מעורר ולסכנות שהוא מגלם. הוא יגיע למסקנה שהטיעונים השונים אינם תקפים באחידות במקרים שונים של ביוש. לאחר מכן המאמר יפרס טקסונומיה ויסווג את הביוש לשלוש קטגוריות: (א) ביוש "טוב" המתבצע בהנחיית בתי המשפט; (ב) ביוש "רע" שהוא פרסום של מידע שקרי, הפצת תמונות אינטימיות ללא הסכמה או ביוש שהתפתח ללשון הרע ולהטרדה מאיימת; (ג) "ביוש המכוער" הממוקד בהתנהגות שנתפסת "מכוערת" ומטרתו לגנות פרט בגין סטייה מנורמות חברתיות, או דין באמצעות הביוש. המאמר יטען כי מאזן היתרונות אל מול החסרונות של הביוש משתנה לפי סוג הביוש. הפרק יסיים בבחינת הכלים המצויים להתמודדות עם ביוש.

פרק ב יסקור שלוש גישות לזכות להישכח במדינות שונות (שכחה, זיכרון וגישת ביניים). בהמשך יסביר המאמר כי היקף הפצת המידע, שימורו ונגישותו בסביבה הדיגיטלית הפרו את האיוון הראוי שהתקיים לפני העידן הדיגיטלי, בין זיכרון ושכחה. מאפייני הפצת מידע בסביבה הדיגיטלית מצריכים חשיבה מחודשת על אינטרסים מוגנים ונזקים דיגיטריים נוספים על האינטרסים המוגנים בדין הפלילי והאזרחי. המאמר יציע כי על המשפט להכיר במקרים מסוימים גם בפגיעה דיגיטרית שאינה תוצר של הפרת דין ולאפשר להעניק לפרט סעד בגינה. המאמר יתמקד בהיבטים דיגיטריים של הזכות להישכח³¹ ויטען כי הסרת קישורים ממנועי חיפוש היא נקודת פתיחה וסעד שיאפשר התמודדות טובה יותר עם הפרת האיוון בין זיכרון ושכחה. בהמשך, יעמוד המאמר על טיעונים נורמטיביים התומכים בהסרת קישורים ממנועי החיפוש ועל טיעוני נגד. המאמר יטען כי לא ראוי לאמץ תפיסה דיכוטומית של זכות להישכח או היעדרה, אלא ראוי לעצב זכות דיפרנציאלית שתותאם לסוגי ביוש שונים.

פרק ג יתווה כללי אצבע דיפרנציאליים להסרת קישורים במקרים של ביוש "האנשים הרגילים" שיותאמו לגוונים שונים של ביוש. בהמשך, פרק ד יבחן היבטים נוספים של היקפה של הזכות. פרק ה יתייחס למגבלות המתווה שהוצג ולביקורות עליו, ופרק ו יחתום בהערת סיום באשר לביוש "טוב".

30 Rustad & Kulevska, לעיל ה"ש 28, בעמ' 387–391 (שהתייחסו לשלוש דרגות של מחיקה בתלות בשאלה מי הפיץ את המידע). המאמר יתמקד במידע שהופץ על אודות הפרט בידי צדדים שלישיים. לעניין מידע מבייש שהופץ בידי הפרט עצמו והגיע לקהל לא מתוכנן ראו Michael L. Rustad & Thomas H. Koenig, *Digital Scarlet Letters: Social Media Stigmatization of the Poor and What Can Be Done*, 93 Neb. L. Rev. 592 (2015).

31 Post, לעיל ה"ש 28, מבחין בין היבטים של שליטה במידע לבין היבטים דיגיטריים.

א. על ביוש "האנשים הרגילים" בידי צדדים שלישיים

הישראלי המכוער – נמאסת. אנחנו קוראים לכם לשתף אותנו בתופעות מכוערות ויחד נייצר הרתעה שתצמצם את התופעה (דף הפייסבוק "נלחמים בישראלי המכוער").³²

חנו לכם במקום החניה? ראיתם רכב החונה במקום חניה לנכים ללא תו נכה? קודם כול התקשרו 100 להזמנת שוטר למתן דוח, לאחר מכן צלמו ושלחו לנו – ואל תשכחו לציין "היכן ומתי" נעשתה העבירה. את התמונות והפרטים שלחו במייל לעורך האתר.

אתם מוזמנים לשתף את התמונות בפייסבוק שלנו, חלק מהתמונות יותפחו על ידינו, בעזרתן אנו פועלים לקידום המדיניות לשמירה על חניות נכים (פורסם באתר "נגישות ישראל").³³

1. ביוש כמונח מטרייה לפגיעה דיגיטרית של הפצה אקטיבית של ביטוי על פרט בסביבה הדיגיטלית

הגדרה מסורתית של ביוש היא הפצת מידע נכון שמטרתה ליידע את הציבור על פרט שהפר נורמות, לאפשר סנקציה להפרת הנורמה³⁴ ולבקר את אותו פרט.³⁵ בסביבה הדיגיטלית הגבול בין ביוש לביטויים אחרים שהם עוולה או עבירה אינו בהיר, וקשה עד בלתי אפשרי להיצמד להגדרה המסורתית. המעשה שבגינו הפרט מבויש אינו מתרחש בקהילה קטנה שבה הכול מכירים את הכול ויודעים את הקשר הדברים. כל פרט יכול לבייש אחר, והביוש יכול להתפשט לתפוצה רחבה אל מעבר לקהילה הקרובה. פעמים רבות אדם יכול להביע ביטוי שמנקודת מבטו הוא ביוש לפי ההגדרה המסורתית,³⁶ אולם מעשיו עולים כדי עבירה או עוולה. לדוגמה במקרים שבהם אדם פירש לא נכון סיטואציה שהיה עד לה. בעידן הדיגיטלי הביוש אינו מתרחש בקהילות קטנות, ואדם יכול לצלם אדם

32 דף הפייסבוק הציבורי "נלחמים בישראלי המכוער" נועד לבייש פרטים בחברה אשר חרגו מנורמות בבוטות. ראו "נלחמים בישראלי המכוער" פייסבוק bit.ly/2P31fxF (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019) (האתר הוקם בידי קבוצת "הדקה ה-90" בעקבות פרשת "טיסת השוקולד"). ראו "דרשת שוקולד מהדייל? 'הדקה ה-90' תחשוף אתכם בפייסבוק" TheMarker (3.3.2015) bit.ly/2UfuNsO.

33 ראו "דף הבית" נגישות ישראל bit.ly/2Z4dvCw (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019). בדומה לזה ראו גם קבוצת הפייסבוק "חנית כמו **": ראית משהו שחנה כמו ** וזה מעצבן? צלם, ותראה לכולם". בקבוצה חברים כ-37 אלף אנשים (מטרת הקבוצה לבייש נהגים שחנו בניגוד לחוק או סיכנו את הציבור בנסיעתם). ראו "חנית כמו **" פייסבוק bit.ly/2UeE5VU (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019).

34 ראו Dan M. Kahan, *What's Really Wrong with Shaming Sanctions*, 84 TEX. L. REV. 2075 (2006) (להלן: Kahan, *Shaming Sanction*). כן ראו Goldman, *Trending Now*, לעיל ה"ש 5.

35 Jacob Rowbottom, *To Punish, Inform and Criticize: The Goals of Naming and Shaming*, in MEDIA AND PUBLIC SHAMING 1 (Julian Pateley ed., 2013). מסורתית מתייחסים לביוש כביטוי שמטרתו להביא לפיקוח חברתי, להעניש את הפרט, ליידע את הציבור על אודות התנהגותו ולבקר אותו. המיקוד הוא בהפצת מידע נכון על אודות פרט שסטה מנורמות.

36 ראו את ההגדרה המסורתית, שם.

שהוא אינו מכיר אך לדעתו הוא מפר נורמות, מבלי שהאדם המצלם מודע להקשר והוא שוגה בפרשנות הסיטואציה.

נוסף על זה, אדם יכול להתכוון לבייש אולם לא להיצמד לתיאור הפרת הנורמה והביקורת ולהוסיף פרשנות משלו שחורגת מהבעת דעה,³⁷ וכך אין הביוש חוסה תחת הגנות חוק איסור לשון הרע.³⁸ הביוש אף יכול לפגוע בפרטיות המבויש או להטריד את המבויש הטרדה חוזרת ונשנית ויכול לעלות כדי עוולות ועבירות.³⁹ בסביבה האנלוגית פרסום גינוי של התנהגות לקהל רחב מתאפשר בעיקר באמצעות המדיה המסורתית, אשר בודקת את העובדות בטרם פרסומן. מנגד, בסביבה דיגיטלית כל פרט יכול לפרסם דברים לקהל רחב מבלי להיזקק למדיה המסורתית ולגנות אחר מבלי להיצמד לעובדות.⁴⁰

כמו כן פרט יכול לפרסם ביטוי העומד בהגדרה המסורתית של ביוש, אולם בשל תוספות שמוסיפים לו המשתמשים בתהליך ההפצה ובשל התנהגותם והדינמיקות ביניהם יהפוך הביטוי ללשון הרע, לאלומות או להטרדה,⁴¹ מאחר שהסביבה הדיגיטלית מסירה חסמים לביטוי כשהיא מקילה את שיתוף הדברים בלחיצת כפתור ובעזרת ארכיטקטורה שמתמרת פרסום והפצת תכנים (לדוגמה הסרת חסמים במתן האפשרות להפיץ מידע באנונימיות או בשימוש בכינוי ספרותי והסרת חסמים פסיכולוגיים לביטוי בעזרת אלגוריתם שמקדם משוב

37 לדוגמה, הפוסט שהשמיץ את אריאל רוניס ז"ל וייחס לו גזענות הוא לשון הרע מאחר שמר רוניס לא עשה דבר שיכול לייחס לו תואר זה, אולם ייתכן כי מחברת הפוסט לא הבינה את הסיטואציה ולתחושתה הסובייקטיבית (השגויה) הופלטה בשל מוצאה. דוגמה נוספת היא מקרה שבו אדם סבל מחוויה צרכנית לא נעימה ומתאר אותה בפוסט שמטרתו לבייש את נותן השירות וליידע את הציבור על אודות התנהלותו, אולם הוא אינו מסתפק בתיאור המקרה ומוסיף תוספות משלו המייחסות לנותן השירות נוכחות, גנבה ורמאות אף שמסקנות אלה אינן עולות מתיאור המקרה בפוסט. אותו אדם עשוי להיות אחראי לעוולת לשון הרע אפילו אם מטרתו הייתה לבייש נותן שירות בשל הפרת נורמות של הגינות כלפי הצרכן. ראו תא"מ (שלום ת"א) 71932-07-18 ביר שופ נ' גולן (פורסם בנבו, 8.4.2019), שבו לקוח במסבאה פרסם פוסט בקבוצה הציבורית בפייסבוק "רעבים ברעבך", אשר עוסקת באוכל ומסעדות, ובו ביקורת על התנהלות אותה המסבאה בנוגע לחיוב בגין מנה. הלקוח תיאר למעשה אי-הכנה, אולם ייחס לאותה מסבאה נוכחות וגניבה. השופט נבון קבע כי ביטויים אלו אינם חוסים בהגנות דיני לשון הרע וחייב את הנתבע בפיצוי.

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

39 הרחבתי בעניין זה בתת-פרק 4. ראו בעיקר את העבירות המנויות בס' 4, 5 לחוק הגנת הפרטיות, אשר מתייחסים לעוולה, לעבירה של פגיעה בפרטיות, וכן לעבירה על פי ס' 2 לחוק למניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001. ס' 5 (א) לחוק למניעת הטרדה מאיימת מאפשר לנפגע לבקש צו למניעת הטרדה מאיימת כאשר היא מתרחשת (כהגדרתה בס' 2 לחוק אשר כולל יסוד של סבירות לחזרה על מעשה ההטרדה).

40 Jack M. Balkin, *The First Amendment in the Second Gilded Age*, 66 BUFFALO L. REV. 979, 985, 994 (2018).

41 ביוש יכול להתחיל כביטוי אמת שמגנה התנהגות כהווייתה, אך עם הפצת הדברים להפוך ללשון הרע בשל תוספות שיוספו לו. ראו מיכל לביא "הוצאה מהקשר: על אחריות מתווכים מקוונים להפצה משנית ולהשפעה על זמינות מידע" **מחקרי משפט** לא 491 (2018) (להלן: לביא "הוצאה מהקשר"); Michal Lavi, *Taking out of Context*, 31 HARV. J. L. & TECH. 145 (2017). ראו גם תא"מ (שלום ת"א) 55497-11-16 **יצחק נ' מולד** (פורסם בנבו, 9.8.2018) (תוספות שהוסיף גולש ששיתף סרטון שפורסם בפייסבוק הפכו את השיתוף שתיאר את המציאות ללשון הרע).

חיובי מחברים ומביא ללחץ חברתי להשתתפות).⁴² בעקבות זאת עלול להיגרם למבוש נזק דיגיטרי כבד בהרבה מזה שהיה נגרם מהביוש כפי שפורסם לראשונה. בשל הקושי לתחום את הביוש בהגדרות המסורתיות וכנקודת פתיחה פרגמטית לדיון, אגדיר ביוש בהרחבה: כל הפצה אקטיבית של מידע שלילי על אודות פרט שמשפיל אותו בעיני החברה. הגדרה זו היא מונח מטרייה שמכנס תחתיו מנעד רחב של ביטויים שונים זה מזה. חלקם נאסרו לפי דין ואף עולים כדי עבירות, וחלקם נתפסים כלגיטימיים ואף רצויים. אולם פעולות אלו חולקות מכנה משותף: גרימת נזק דיגיטרי לפרט בעיני החברה.⁴³ תוצאת הביטוי יכולה להצדיק דיון נורמטיבי משותף בסוגי ביטוי שונים תחת מונח המטרייה "ביוש" ולקדם את השיח המשפטי באשר לנזק דיגיטרי בסביבה הדיגיטלית. יצוין כי אף שהכתיבה המשפטית-אקדמית המועטה בנושא הביוש בעידן הדיגיטלי אינה נוקטת הגדרה רחבה של ביוש,⁴⁴ בעידן המודרני נראה כי הגדרה זו מקובלת בציבור,⁴⁵ ואף אפשר למצוא מופעים שמעידים על אימוצה גם בפסיקה בדיני לשון הרע.⁴⁶

2. ביוש בעידן הדיגיטלי: הזדמנויות וסכנות

ביוש בעידן הדיגיטלי מגלם יתרונות רבים: ראשית, הוא מאפשר לכל אחד לסייע באכיפת החוק באמצעות הפצת מידע ותמונות. לדוגמה, ביוש הביא למעצר גנב טלפון נייד מקום

42 JARON LANIER, TEN ARGUMENTS FOR ; 123 בעמ' 12, לעיל ה"ש, SUNSTEIN, #REPUBLIC DELETING YOUR SOCIAL MEDIA ACCOUNTS RIGHT NOW 16–21 (2018); SIVA VAIDHYANATHAN, ANTISOCIAL MEDIA: HOW FACEBOOK DISCONNECTS US AND UNDERMINES DEMOCRACY 5–9 (2018) (המסבירים כי האלגוריתם ברשתות חברתיות מציג למשתמשים בעיקר תכנים מעוררי רגש ותכנים שנוצרו בידי משפחה וחברים קרובים של המשתמש. כך, הוא מקדם משוב חיובי ומביא ללחץ חברתי להשתתפות, לשיתוף תכנים וליצירת תכנים דומים).
43 לדוגמה פגיעה מכוונת בפרטיות, הטרדה מאיימת (ס' 5א) לחוק למניעת הטרדה מאיימת; ס' 5 לחוק הגנת הפרטיות). אבהיר כי ההגדרה שמהווה את המסגרת למאמר מוגבלת להפצת מידע שתוצאתה נזק בעיני החברה, ואינה כוללת השלכות אחרות של הפצת מידע שיכולות לבוא לידי ביטוי באיסוס מידע על הפרט, ניתוחו והשפעה על הפרט באמצעות נתוני עתק (ביג דאטה), בינה מלאכותית ולמידת מכונה. אף שגם פעולות אלה יכולות להסתיים בנוק דיגיטרי ובהשפעה על ביטוי של הפרט וההזדמנויות שיינתנו לו, פעולות אלו אינן ברובד התוכן הגלוי לכול, והשפלת הפרט בעיני החברה אינה תוצאה מתחייבת של ההפצה ואף אינה תוצאה ישירה שלה. לפיכך לא יוגדרו פעולות אלו תחת מונח המטרייה של ביוש. להרחבה בסוגיה זו ראו Jack M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 U. C. DAVIS L. REV. 1149 (2018) (להלן: Balkin, *Algorithmic Society*).

44 קיימת ספרות המבחינה בין ביוש לבריונות ולהטרדה. ראו Kate Klonick, *A New Taxonomy for Online Harms*, 95 B.U. L. REV. ANNEX 53 (2015) (להלן: Klonick, *A New Taxonomy*). בשונה מזה, המאמר יכנס את כל הביטויים האמורים תחת המונח ביוש.

45 ראו ההגדרה בויקיפדיה, שמתייחסת ל"פרסום התנהגות שלילית של אדם או מותג על מנת לביישו" "ביוש" ויקיפדיה (נערך לאחרונה בתאריך 17.11.2018 bit.ly/2UxXwxR). למעשה, גם הוועדה הציבורית לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור מפני פרסומים פוגעניים – ועדת ארבל – מכונה "ועדת השיימינג".

46 ראו לדוגמה ת"ק (שלום ת"א) 53379-11-15 פלונית נ' אלמונית, פס' 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.9.2016) (להלן: עניין פלונית); ת"א (שלום קר') 7783-02-15 מרקס נ' בוהדנה, פס' 19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.6.2016).

שגורמי האכיפה גילו אוזלת יד,⁴⁷ הוביל למעצר פרטים שביצעו מעשים מגונים בפומבי,⁴⁸ אפשר סנקצייה יעילה להתעללות בבעלי חיים,⁴⁹ אפשר לטפל בעברייני חניה שחנו בחניית נכים ועוד.⁵⁰ במקרה של הפרת דין נמשכת ביוש יכול להביא את המבוש להפסקת המעשה⁵¹ ולהיות יעיל מצווים משפטיים.⁵² שנית, ביוש מאפשר אכיפת נורמות שאינן הפרת דין, לדוגמה התנהגות גסת רוח.⁵³ הדוגמאות לכך רבות ומגוונות וכוללות ביוש בגין התפרעות בטיסות, שירות גרוע, הטרדה ועוד.⁵⁴ שלישי, ביוש יכול לקדם הרתעה ויעילות במניעת חזרת המבוש על המעשה⁵⁵ ואף יכול ליצור אפקט זליגה שירתיע את כלל הציבור מהפרת נורמות ויגביר את שמירת הסדר בחברה.⁵⁶ יידוע הציבור על המעשה יכול גם למנוע התקשרויות לא יעילות ולהגביר יעילות בשוקים.⁵⁷

- 47 ראו SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, לעיל ה"ש 4, בעמ' 80–83; SHIRKY, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1–6.
- 48 ראו SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, שם, בעמ' 80; אילן גלר "פרסמה בפייסבוק תמונה של האיש שאונן עליה והמשטרה עצרה אותו" וואלה TECH (27.7.2015) bit.ly/2P4uXIP.
- 49 לדוגמה ראו גלי פיאלקוב "סרטון שתיעד התעללות בכלבה הפך ויראלי – הספרית המתעללת פוטר" אנשים ומחשבים (5.2.2018) bit.ly/2v1IVMg.
- 50 על שימוש בביוש לטיפול בעברייני חניה שפוגעים בזכויות נכים ראו לדוגמה אתר עמותת "נגישות ישראל" (לעיל ה"ש 33), המשמש פלטפורמה לביוש נהגים שחנו בחניית נכים ומסייעים לאכיפה.
- 51 ראו למשל RONSON, לעיל ה"ש 8. ביוש הוביל להסרת פרופיל מזוהף ברשת חברתית. כמו כן, בעניין עודד גו (לעיל ה"ש 1), מטרת הביוש היתה להביא לכך שיפסיק להפר את חיוב בית הדין בגט. במקרה זה הביוש לא השיג את מטרתו והשחרור ניתן בידי בית הדין, אולם יתכן כי גם מאסר לא היה מביא לתרופה. במקרה אחר של סרבן גט, ירון אטיאס, תרם הביוש להשגת המטרה (ראו לעיל ה"ש 1).
- 52 Dan M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean*, 63 U. CHI. L. REV. 591, 611 (1996). Kahan טען כי הביוש יכול להוות ענישה בפני עצמה וחלופה יעילה לענישה הפלילית ומערכת בתי הכלא.
- 53 Goldman, *Trending Now*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 430, מציינת כי הביוש מאפשר גינוי מוסרי ראוי וגמול למבוש.
- 54 ראו עניין "טיסת השוקולד", לעיל ה"ש 3. וכן SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION (לעיל ה"ש 4, בעמ' 2–1), מתאר ביוש בחורה שלא ניקתה אחר צואת כלבתה, תמונתה הופצה והיא בוישה במידה ניכרת. וכן בעמ' 80–94 מתייחס לאתרים ייעודיים כמו פורום להכרזה על גברים כוגדים, פורום תלונות וביקורות על שירות גרוע, אתר המתאר פגישות גרועות עם גברים ועוד.
- 55 Goldman, *Trending Now*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 429.
- 56 שם, בעמ' 431. לדוגמה, המובאה הבאה הממחישה את ההרתעה הכלל חברתית: "עומדים במטוס לפני הושבה, אחת הנוסעות לבן הזוג שלה: 'חכה קצת, בסבלנות. שלא יהיו לנו פאדיחות כמו בטיסת השוקולד!' מעולם לא היו חייבים רבים כל כך למעטים כל כך" פורסם בדף הבית של פייסבוק "נלחמים בישראלי המכוער", לעיל ה"ש 32, בתאריך 15.1.2016.
- 57 SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, לעיל ה"ש 4, בעמ' 93. לדוגמה, ביוש בעל מקצוע שנתן שירות גרוע בפוסט בפייסבוק, או בביקורת באתר דרוג יאפשר לאחרים להימנע מהתקשרות עמו. יצוין כי מאמר מרכזי בנושא הביוש מערער את ההנחה הגורפת בדבר יעילות הביוש, מאחר שככל שירבו מקרי הביוש הסטיגמה הנלווית אליו יכולה להיות פחותה, עד כדי ביטול. זאת בשל עלויות חיפוש גבוהות יותר של שחקנים שלא דבק בהם רבב. ראו Alon Harel & Alon Klement, *The Economics of Stigma: Why More Detection of Crime May Result in Less Stigmatization*, 36 J. LEGAL STUD.

רביעית, בעידן הדיגיטלי כל אדם יכול להשמיע קולו ולגנות הפרת נורמה או דין בכתיבת פוסט בבלוג, ברשת חברתית או בחוות דעת באתר ביקורות. הביוש מקדם את חופש הביטוי על הרציונלים שבבסיסו: הוא מוביל להעצמת הנפגע מהפרת נורמה או דין ומחזק את האוטונומיה שלו. הוא מאפשר לפזר מידע ומקדם שוק רעיונות עשיר ואף השתתפות דמוקרטית של הפרט בשיח הציבורי.⁵⁸

אכן, לביוש יתרונות רבים, אולם הוא מגלם גם סיכונים ועלול להוביל לנזקים.⁵⁹ ראשית, הביוש לא בהכרח מבטא את הערכים בחברה. בשונה מהענישה המסורתית, ביוש הוא עמום, וכל אחד מגנה על פי ערכיו.⁶⁰ פעמים רבות אדם מבויש בגין התנהגות שאינה עבירה על החוק כאשר הנורמה שממנה סטה אינה בקונצנזוס.⁶¹ פרטים המאמינים בערכים מסוימים עשויים לאכוף אותם בעזרת מביישים נוספים שמאמינים בערכים אלה, או הולכים אחר העדר ומאמצים דעה בשל אלו שקדמו להם.⁶² כך, גם בהיעדר קונצנזוס בחברה כאשר להפרת נורמה, יכולה להיווצר לולאת משוב והמדיה החברתית הופכת לתא הד לביוש.⁶³ שנית, ביוש עלול להביא לתוצאות לא פרופורציונליות, לפגיעה לא מידתית בכבוד, לדה-הומניזציה של המבוש,⁶⁴ לאובדן הזדמנויות תעסוקתיות וחברתיות ואף לנידוי, כפי

(2007) 355. אולם נראה שבעידן הדיגיטלי קשה יותר להגיע לנקודה זו. הטכנולוגיה מאפשרת לדעת מי הפר נורמות ולהפיץ את הדברים ועלויות החיפוש נמוכות, כך קשה יותר להגיע לנקודה בה הסטיגמה אינה אפקטיבית עוד וההתנהגות נתפסת כנורמטיבית. ולראיה, הדוגמה של טיסת השוקולד והעובדה שרוב המעסיקים פועלים לפי מידע שהם מוצאים על עובדים במנועי חיפוש ונמנעים מהתקשרויות עם עובדים שדבק בהם רבב (ראו ה"ש 156 להלן).

58 על קידום חופש הביטוי על הרציונאלים שבבסיסו באמצעות פיזור מידע באינטרנט ראו 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).

59 בעקבות נזקי הביוש הוקמה אף ועדת ארבל לבחינת חופש הביטוי שמטרתה להציע יוזמות חקיקה ודרכים נוספות לפתרון נזקי הפצת ביטויים פוגעניים. ראו יניב הלפרין "איילת שקד נלחמת בשיימינג: הקימה וועדה ל"צמצום בריונות המקלדת" אנשים ומחשבים (16.7.2015) bit.ly/2KwuGJS. בפני הוועדה היושבת על המדוכה הופיעו מוזמנים רבים ואף הוגשו לה המלצות שונות להגנה על הציבור מפני פרסומים פוגעניים. ראו לדוגמה דן חי גיבוש אמצעים להגנה על הציבור ובהם נושאי משרה בשירות הציבור מפני פעילות ופרסומים פוגעניים כמו גם בריונות ברשת האינטרנט (ועדת הגנת הפרטיות, לשכת עורכי הדין (24.1.2017) bit.ly/30Az0U1.

60 Kahan, *Shaming Sanction*, לעיל ה"ש 34.

61 לדוגמה, פרט שניצל את האינטרנט בחנות מחשבים ושהה שם זמן רב. המעשה הוביל לביוש נרחב בשל ניצול יתר של השירות, אף שלא הפריע לבעלי החנות (SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83).

62 להרחבה על צורות שונות של התפשטות מידע ראו לעיל ה"ש 11–13.

63 RONSON, לעיל ה"ש 8, בעמ' 267; LANIER, לעיל ה"ש 42, בעמ' 16.

64 Cheung, לעיל ה"ש 24, בעמ' 11–12. כן ראו Kate Klonick, *Re-Shaming the Debate: Social Norms, Shame and Regulation in an Internet Age*, 75 MD. L. REV. 1029 (2016) (להלן: Klonick); James Whitman, *Re-Shaming What's Wrong with Inflicting Shame Sanctions*, 107 YALE L.J. 1055, 1062–1068 (1998); Toni M. Massaro, *The Meanings of Shame: Implication for Legal Reform*, 3 PSYC. PUB. POLICY & L. 645, 700 (1997). כן ראו קמיני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 66.

שאירע בכמה מקרים.⁶⁵ נוסף על זה, הביוש באינטרנט אינו מסתיים בנקודת זמן מוגדרת ועשוי להימשך גם לאחר שהסנקצייה כלפי הפרט מילאה את מטרתה והושגה הרתעה.⁶⁶ שלישית, כאשר הביוש הוא תוצאה של יוזמות פרטיות, הוא מתבצע ללא משפט או הליך נאות. בניגוד למדיה המסורתית, העובדות שבבסיס התכנים שמפרסמים המשתמשים באינטרנט אינן נבדקות.⁶⁷ בעקבות זאת הן עלולות שלא להיות מדויקות.⁶⁸ תמונה או סרטון אף עלולים להתפרש פירוש שגוי בידי צופים שאינם מודעים להקשר הכללי שבו צולמו הדברים,⁶⁹ ויכולים להוביל לביוש פרטים על לא עוול בכפם ואף לעלות כדי לשון הרע.⁷⁰ רביעית, הביוש באינטרנט עלול לצאת משליטה, להתפתח להטרדה, לאלימות ולבריונות כלפי בני נוער.⁷¹ ולעיתים אף לסכן חיים.⁷² כמו כן אפשר שביטויים המופצים על המבויש הוצאו מהקשרם לדוגמה במקרה שהתוספות של המפיצים המשניים הן עוולתיות, או כאשר החזרה על הביטוי המבייש אינה חוסה בהגנות חוק איסור לשון הרע עקב הוספת תוספות לביטוי המקורי, או עריכתו.⁷³ כך, גם ביוש שהתחיל כפעולה למען סדר חברתי יכול להוביל לתוצאה הפוכה אם יצא משליטה.⁷⁴

- 65 להרחבה ראו RONSON, לעיל ה"ש 8; Klonick, *Re-Shaming*, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1046–1049.
- 66 ראו שם, בעמ' 1040; SOLOVE, *THE FUTURE OF REPUTATION*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 94.
- 67 שם, בעמ' 78, 98 (הכותב מביא דוגמה לאתר "המלצרית המרירה", שמשמש לדיווח על אנשים שלא הותירו תשר מספק במסעדה. באתר דווח כי הסופר והעיתונאי מלקולם גלדוול לא השאיר תשר גדול מספיק אף שלדבריו התשר שהותיר היה גדול מהמקובל).
- 68 לעניין היעדר דיוק ראו שם, בעמ' 83; Klonick, *Re-Shaming*, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1054. לדוגמה מצב שבו אדם מצולם כשבידיו טלפון נייד גנוב. הוא מבויש, אך ייתכן כי לא הוא גנב אותו אלא רק מצא אותו או קיבל אותו מאדם אחר מבלי לדעת כי הטלפון גנוב.
- 69 לדוגמה, ברך הבית "נלחמים בישראלי המכוער" (לעיל ה"ש 32), הועלה ב-27.4.2016 סרטון של אישה מעשנת בהפגנות ליד שלט האוסר על עישון בפארק במנהטן. תגובנים הביעו דעתם שאולי היא לא עישנה בפועל (הסיגריה לא הייתה דלוקה), והיא לא רצתה אלא להגחיק את כללי ההתנהגות בחו"ל אשר אוסרים על עישון בפארקים ולא להפר אותם.
- 70 לדוגמה הפוסט שהביא להתאבדותו של אריאל רוניס, לעיל ה"ש 1.
- 71 ראו Whitman, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1088; Klonick, *Re-Shaming*, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1040; SILVERMAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 168–174; קמיני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 56.
- 72 לדוגמה האתר "Nuremberg Files", שמטרתו הייתה לבייש רופאים המבצעים הפלות ולגנות אותם (בשם ערכים שנויים במחלוקת), תוך כדי הסתה נגדם. האתר כלל פרטים אישיים של רופאים, כמו לדוגמה מספר טלפון וכתובת מגורים אישית, ובכל פעם שרופאים נפגעו על ידי מתנגדי הפלות נרשם באתר מה אירע להם. בית המשפט לערעורים קבע כי מדובר "באיומים אמיתיים" ובעקבות הפסיקה האתר הוסר. ראו *Planned Parenthood v. Am Coal Life Activists*, 290 F.3d 1058, 1080 (9th Cir. 2002); SOLOVE, *THE FUTURE OF REPUTATION*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 100.
- 73 תוספות עוולתיות או עריכת הביטוי המקורי, יכולות להפוך ביטוי שחוסה בהגנות לשון הרע לביטוי שיש בגינו אחריות לעוולת לשון הרע (ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 41). כך, אדם יכול להפיץ סרטון שמתאר את התנהגות המבויש כהווייה אך להוסיף עליה תוספות. ראו ק"פ (שלום ת"א) 14910-09-11 גיל נ' שדה, פס' 8–15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.9.2015) (להלן: ק"פ גיל). בהמשך להרשעה הפלילית נפסק גם פיצוי נזיקי כתביעה הנגזרת להרשעה (ראו ת"א (שלום ת"א) 32721-03-16 גיל נ' שדה (פורסם בנבו, 18.4.2018). ראו גם דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, פס' 102 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 18.9.2014), שם הוגשה תביעת לשון הרע אורחית לאחר זיכוי מאישום בבית דין צבאי. באותו עניין קדימון ערך קטעים ממסדר ועריכת המסדר מנעה את תחולת ההגנות על הקדימון (בשונה מהמסדר עצמו, שעליו כן חלו ההגנות). בדומה לכך, תוספות שמוסיפים מפיצים

חמישית, לביוש עלולות להיות השפעות פסיכולוגיות שליליות על המבוש ועל החברה. חלק מהמבושים עלולים לבנות חומה סביבם ולאבד את הרגישות. נוסף על זה, היות שביוש יכול להביא לידי נידוי והדרה ולבודד פרטים מהחברה, עלולה להיווצר קהילה של מבושים שלא תציית עוד לנורמות החברתיות ותחיה בשולי החוק.⁷⁵ לביוש יכולות להיות השלכות שליליות אף על המביישים שעלולים להתדרדר מבחינה תרבותית, בעיקר כאשר הם מתמקדים בגינוי המבוש ולא המעשה.⁷⁶ לביוש יתרונות רבים לצד חסרונות, אולם כפי שאראה יש גוונים שונים של ביוש, והיתרונות והחסרונות שהוצגו אינם תקפים באחידות בעניינם.

3. טקסונומיה של ביוש מקוון: ה"טוב" ה"רע" ו"ביוש המכוער"

בחלק זה אסווג את הביוש לשלוש קטגוריות:⁷⁷ (א) ה"טוב" – ביוש לפי הנחיית בית משפט; (ב) ה"רע" – ביוש שאינו אמת, או שאין לו שום מטרה לבד מפגיעה במבוש והוא עבירה, או ביוש שהוצא מהקשרו, ובתהליך ההפצה התפתח ללשון הרע או להטרדה; (ג) "ביוש המכוער" – גינוי והבעת דעה שלילית על התנהגות הסוטה מנורמות, או דין בידי הפרט. הסיווג יתייחס ליתרונות הביוש וחסרונותיו בכל קטגוריה ויאפשר להבין טוב יותר את התופעה והשלכותיה. הוא יהיה צעד ראשון לחשיבה מחדש על פגיעה דיגניטרית בעידן הדיגיטלי.

הסיווג בטקסונומיה הוא בהפשטה, הוא מבחין בין סוגי ביוש שונים, אולם אין בו כדי להביע עמדה גורפת בנוגע לכל ביטוי וביטוי בכל אחת מהקטגוריות (טוב, רע או מבייש את המכוער). כך, גם ביוש "טוב" יכול להיות לא מידתי ואף להתפתח לביוש "רע", ו"ביוש המכוער" שיוזם אדם פרטי לא בהכרח יביא לביוש התנהגות "מכוערת" לפי הנורמות המקובלות בחברה. מנגד, ביוש זה יכול להתבצע גם כאשר להתנהגות שהיא חמורה מהפרת נורמות ועולה כדי עבירה או עוולה. כמו כן הקטגוריות אינן דיכוטומיות, ויכולה להיות זליגה בין סוגי ביוש.⁷⁸

המשניים בתהליך ההפצה עשויות להוציא דברים מהקשרם ולהביא לאחריות לעוולת לשון הרע (ראו עניין יצחק, לעיל ה"ש 41).

74 ראו Klonick, Re-Shaming, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1045 (מצייתת כי אנשים מביישים מתוך שיעמום או רוע או כדי להגביר את הערך שלהם בקהילה ומובילים להחצנות שליליות).

75 ראו שם, בעמ' 1039; RONSON, לעיל ה"ש 8, בעמ' 100–101 (המציין כי הביוש עלול לדחוף את המבוש אל הקצה ולהביא אותו למרוד בנורמות). אולם ייתכן כי בעידן הדיגיטלי של מבושים מבוזרים התקבצות מבושים בקהילות וירטואליות תפחית השפעות שליליות מאחר שכל אחד מבוש בשל עניין אחר, ביוש שבא לידי ביטוי בסביבתו הקרובה. כך יש סיכוי קטן יותר להיווצרות קהילה של מבושים או לאדישות המבוש והסביבה לביוש.

76 שם. RONSON מציין בפרק השישי לספרו כי מטרת ההמון המבייש היא פעמים רבות הגברת הטוב בעולם, אולם התהליך מתפתח ל"טירוף ההמון" ולהתדרדרות בסולם הציוויליזציה.

77 הקטגוריות הן בקריצה לסרטו של הבמאי סרג'יו לאון The Good, the Bad and the Ugly משנת 1966.

78 ביוש יכול להתחיל כביוש "טוב" או "ביוש המכוער", לצאת משליטה ולהפוך לביוש "רע".

(א) ביוש "טוב"

ביוש "טוב" הוא גינוי מעשה המתבצע בתגובה להנחיה משפטית במסגרת הליך משפטי או פסק דין נוסף על סנקצייה משפטית מסורתית או במקומה. במסגרת זו מופץ דבר מעשהו של אדם כפי שמשחק בפסק דין או בצו בית משפט במדיה החברתית לאחר שמערכת המשפט ביצעה את הקביעה העובדתית בדבר אחריות הפרט והמליצה, או הורתה, על ביוש אקטיבי שלו.⁷⁹ לדוגמה, הנחיית בית משפט לבייש אדם שאינו מצייט לחיובים הנובעים מפסיקה ומביא לביזיון בית משפט;⁸⁰ פרסום סרטונים על אודות עוברי חוק לפי המלצת בית המשפט כסנקצייה נוספת המתלווה לפסק הדין⁸¹ או הנחיית בית המשפט להפיץ באקטיביות פסיקה הכוללת את שמות הנתבעים/נאשמים כאשר בהתנהגות הנתבע או הנאשם נפל פגם מוסרי ניכר.⁸²

אציין כי אין בהגדרת ביוש זה כ"טוב" הנחה גורפת כי כל הנחיית בית משפט לבייש בהכרח מקדמת הגינות ויעילות.⁸³ אולם מאחר שהנחיה או צו של בית המשפט לבייש אינה

79 ראו קמיני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44 (המדינה קובעת את הקביעה העובדתית בדבר אחריות ומפיצה את המידע על ההחלטה).

80 לדוגמה, פרסום שמו של אדם המסרב לתת גט לאשתו כדי להביאו לציות לחיוב בית הדין לשחררה מעגינותה (ראו לעיל ה"ש 1). אציין כי אף שבפרשת עודד גז לא השיג הביוש את מטרתו והמבוש נעלם, ייתכן כי אותו אדם היה עומד בסירובו גם אילו הייתה הסנקצייה המופעלת כליאה. בעניין אטיאס נראה כי הביוש תרם להשגת המטרה. יצוין כי בסוגיית סרבנות הגט חברת הכנסת רויטל סויד ועוד שני חברי כנסת אף הציעו הצעת חוק שלפיה יוקם מאגר לאומי שירכז את כל פרטי סרבני הגט כולל תמונותיהם. המאגר יועלה לאינטרנט, וכל אדם שיבצע באינטרנט חיפוש על שמו של סרבן/ית גט ימצא את הפרטים המדויקים שלהם כדי לביישם. פרטי סרבני גט יועלו למאגר רק לאחר החלטה ספציפית של בית הדין הרבני. ראו הצעת חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (תיקון מס' 9) (מרשם סרבנים באינטרנט), התשע"ט–2018, ה"ח הכנסת 830 (להלן: הצעת החוק של רויטל סויד). הצעת החוק אושרה בקריאה טרומית (ראו אתר הכנסת, הודעות הכנסת / bit.ly/2GiT9Oo).

81 כך, במדינת אוהיו שבארצות הברית, הפיץ שופט סרטונים של גזר הדין ביוטיוב כדי לבייש את הנאשמים ולחנך את הציבור (ראו לעיל ה"ש 24).

82 פרסום פסקי דין נעשה כיום כברירת מחדל לקידום עקרון פומביות הדיון (ראו קמיני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44). אולם אף אם הפרסום יכול לגרום לביוש עקיף, זו אינה הסיטואציה שבה המאמר עוסק כי הוא אינו כולל הפצה אקטיבית של הביטוי ומתרחש באשר לכל פסקי הדין. נתייחס לפרסום פסקי דין כשלעצמו כפרסום על פי דין ולא כביוש. בשונה מהפרסום כשלעצמו, כאשר שמות הצדדים מצוינים בפסק הדין, ובית המשפט ממליץ לציבור מפורשות להפיצו באקטיביות, ההפצה היא ביוש, וגם השתקפות הדברים במנועי החיפוש עשויה להיות בולטת יותר. נציין כי בעבר דרשה הנהלת בתי המשפט ממנהלי מאגרים משפטיים לחתום על "כתב התחייבות", שבגדרו יתחייבו לנקוט את כל האמצעים הדרושים כדי למנוע אינדוקס של החלטות והופעתם במנועי החיפוש. לאחר בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 12.11.2015), בוטל נוהל זה בשל היעדר סמכות ופגיעתו הלא-מידתית בעקרון פומביות הדיון. נפסק כי אפשר לשמור על פרטיות המתדיינים באמצעות מחיקת שמותיהם בטרם פרסום פסק הדין, ודרך זו אף תשרת את המטרה של שמירת פרטיותם טוב משמניעת אינדוקס ופגיעה בחופש לניהול עסקים יעשו זאת. לביקורת על ההצעות שהוצעו בבית המשפט ראו שרון בר זיו וטל זירסקי "פרטיות במשבר זהות: אסטרטגיות הסדרה בעידן ההתממה" משפט חברה ותרבות 125, 152 (2019). עם זאת, יש לזכור כי מניעת אינדוקס אינה התממה של מידע, אלא ערפול של מידע ומטרתה לצמצם את החשיפה למידע ולא למנוע אותה. נראה אפוא כי במישור שמירה על פרטיות המשתמשים הצעות בית המשפט נרחבות ממניעת אינדוקס.

83 לעניין זה ראו להלן פרק ו.

ניתנת כדבר שבשגרה, ההנחה היא כי במקרים הנדירים שבהם היא ניתנת הוקדשה מחשבה ונערכו איזונים שיפוטניים קפדניים, לפיכך הסיכוי שהביוש יוביל לתוצאה ראויה גדול. ככלל, במקרים של ביוש "טוב" הטיעונים בשבח הביוש מתקיימים. הביוש מביא לקידום חופש הביטוי של המפיעים אותו, והוא יכול לסייע באכיפת חוק ונורמות ולהגביר הרתעה ברמה הפרטנית והכלל-חברתית. הביוש אף יכול להזהיר את הציבור מפני פרטים מסוימים והתקשרויות לא יעילות.⁸⁴ היות שביוש זה נעשה בחסות בית המשפט, כוחו והשפעתו המסדירה עשויים להיות נרחבים ביחס לביוש ביוזמה פרטית של אדם שהיה עד להפרת דין והפיץ את דבר התרחשותה. כך אפשר שהחברה תייחס לביוש מסוג זה משקל רב.

חלק גדול מהטיעונים נגד הביוש נחלשים כאשר הוא נעשה במסגרת הליך משפטי או בעקבותיו. ראשית, ביוש לפי המלצת בית המשפט מעיד כי הופרה הנורמה המקובלת באותה חברה, כפי שמשתקף מהדין החל בה. שנית, כאשר הביוש נעשה בהנחיית בית משפט, טיעון היעדר ההליך הנאות והפגיעה בדיוק נחלש, מאחר שהעובדות התבררו בבית המשפט ונקבע כי הייתה הפרת דין.⁸⁵ שלישית, הביוש הוא לפי הנחיית בית המשפט, ולכן לא צפוי שיביוש אדם בשל מראה, גזע או מין (מאפיינים אינהרנטיים שאינם קשורים להתנהגות) אלא אך בשל מעשה פסול. לפיכך חשיפת קלוננו של המבויש ברבים ומתן הרשאה לציבור לגנותו אינם שוללים את קיומו כאדם, והסיכוי כי הציבור יתפוס אותו כלא אנושי קטן יותר. נוסף על זה, הסיכוי שבית המשפט יפעל בפזיזות בהפעלת הסנקצייה קטן מהסיכוי שפרט שבחר לבייש לפי שיקול דעתו יעשה זאת בלא מידתיות.⁸⁶ לבסוף, אף אם סנקצייה זו קיצונית באשר לחלק מהמבוישים הפרטיקולריים, היא צפויה להשיג הרתעה כללית מפני ביצוע עבירות. יצוין כי גם כאשר לביוש "טוב" עדיין קיים חשש כי יהפוך לביוש "רע" בתהליך ההפצה אם המפיעים יצאו משליטה, יוסיפו לדברים תוספות שהן לשון הרע או יטרידו את המבויש.⁸⁷ נוסף על זה, בשל תמידיות הביטוי ברשתות מקוונות והאפשרות לאתר את הדברים בשלב מאוחר יותר עלולות להיות השלכות לא פרופורציונליות גם לביוש "טוב".

84 Ravi Antani, *Privacy Law: The Resistance of Memory: Could European Union's Right to be forgotten Exist in the United States*, 30 BERKELEY TECH. L.J. 1173, 1197 (2015) (שעמר על

האינטרס הציבורי לדעת על פושעים שביצעו עבירות מין כדי להישמר מפניהם בהמשך הדרך).
85 ראו בג"ץ עורד גז, לעיל ה"ש 1, פס' מ"ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין: "חלק ניכר מן הבעייתיות בתופעת ה'שיימינג' ברשתות החברתיות נובע מכך שהדבר נעשה בפזיזות, לעתים על בסיס שמועות בלבד, ושמו הטוב של הפרט נפגע על לא עוול בכפו, לעתים באופן שאינו ניתן לתיקון; לא כך כאשר הדברים נעשים לאחר בירור עובדות המקרה לאשורן, כבענייננו, וכאמצעי כמעט אחרון" (ההדגשה הוספה).

86 בבג"ץ עורד גז, שם, טען השופט שהם (פס' 6 לפסק דינו) כי ראוי שבית הדין ימליץ לבייש סרבן גט רק לאחר שנוכח כי הסנקציות המופיעות בחוק אינן יעילות או אינן ישימות. לדוגמה כאשר סרבן הגט נמלט לחוץ לארץ, ובתוך הפעלת גישה זהירה, מידתית והדרגתית. הרחבה בנוגע לצורך לקבוע קווים מנחים לביוש "טוב" ניתן למצוא בחלק ו. למאמר.

87 Klonick, *Re-Shaming*, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1034 (מגדירה בריונות ברשת והטרדה).

(ב) ביוש "רע"

ביוש "רע" הוא הפצת מידע שהיא עבירה או עוולה לפי דין. לדוגמה, הפצת לשון הרע על פרט שאינה חוסה בהגנות החוק,⁸⁸ הפצת שמועות שקריות שליליות⁸⁹ והפצת תמונות אינטימיות של המבוש ללא הסכמה המהווה עבירה בפני עצמה.⁹⁰ בעקבות זאת ייפגע שמו הטוב של המבוש על לא עוול בכפו.⁹¹

נוסף על זה, ביוש "רע" יכול להתחיל כהפצת ביטוי לגיטימי בהמשך להנחיית בית המשפט (ביוש "טוב"), או כגינוי אדם בגין הפרת נורמה ("ביוש המכוער"), שעליו אעמוד בחלק הבא, אך במהלך ההפצה יצא מהקשרו, יסלף עובדות או יציג אותן הצגה מטעה, יהפוך ללשון הרע,⁹² או יצא משליטה. לדוגמה, ביוש אשר הופך להטרדה חוזרת ונשנית המופנית ישירות כלפי המבוש⁹³ חורג מגינוי של המעשה ואף עולה כדי עבירה.

88 ביוש כשלעצמו אינו מהווה עוולה, אולם הפצת לשון הרע שאינה חוסה בהגנות החוק (המהווה עוולה) עשויה לעלות כדי ביוש (ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 46).

89 ראו צונה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 277, אשר מספר את סיפורו של צ'אד לסקו שמנעו כניסתו לפארק באוהיו בטענה שהוא אנס, אולם הדברים היו שמועה שקרית שהפיצה חברתו לשעבר. ראו דיווחים על המקרה Liz Klimas, *Viral Facebook Post Accuses Man of Being a Child Molester – Except He's Not*, THEBLAZE (May 26, 2013) bit.ly/2D6d5C7. יצוין כי התפתחות בינה מלאכותית ולמידת מכונה עלולה לאפשר הפצת "ביוש רע" בשימוש ב"זיוף עמוק", הנתפס אמין הרבה יותר מביטוי שנוצר ללא שימוש ב"זיוף עמוק". ראו Robert Chesney & Danielle Citron, *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security*, CAL. L. REV. (forthcoming, 2019), available at bit.ly/2UgDYck, המתייחסים לבעיה של שימוש ברשתות ניראליות אדוורסריות להפצת תמונות וסרטונים מזויפים שנראים אמנים, אך אינם משקפים את המציאות.

90 הרחבה על "פורנוגרפיית נקם" ו-"slut-shaming" – שהוא ביוש נשים בגין התנהגות מינית – ראו Citron, *Sexual Privacy*, 128 YALE L.J. 1870 (2019) (להלן: Citron, *Sexual Privacy*); Zak Franklin, *Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Privacy Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites*, 102 CAL. L. REV. 1303 (2014); Emily Poole, *Hey Girls, Did You Know: Slut Shaming on the Internet Needs to Stop*, 394 U.S.F. L. REV. 221, 231–233 (2013). כן ראו Rustad & Kulevska, לעיל ה"ש 28, בעמ' 394 (המסבירים כי לפורנוגרפיית נקם אין שום מטרה לבד מגרימת נזק נפשי או סחיטת כסף מהמבוש בגין הסרת הדברים, ככל שמדובר באתר ייעודי של תמונות אלו. לפי הדין בארץ הפצת סרטונים אינטימיים ללא הסכמה היא אף עבירה). ראו ס' 3(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998 ("פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום"), וכן לפי ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות; ת"פ (שלום כ"ס) 51283-09-14 מדינת ישראל נ' הדר (פורסם בנבו, 16.11.2015). להרחבה ראו הדר דנציג-רוזנברג ורוני רוזנברג "פורנוגרפיית נקם כהטרדה מינית" חוקים ט 265 (2017). לעניין זה קיימת חקיקה דומה באנגליה. ראו Criminal Justice and Courts Bill, 2015 (section 33: Disclosing private sexual photographs and films with intent to cause distress) bit.ly/2IAAdgJR. James Vincent, *Sharing Revenge Porn in the UK Now Carries a Two Year Jail Sentence*, THE VERGE, (Apr. 13, 2015, 7:23 AM) bit.ly/2v0OSZB. בארצות הברית 34 מדינות אימצו חוקים להפלת פורנוגרפיית נקם (ראו (2016) 72–73 THE RIGHT TO BE FORGOTTEN + Z: MEG L. JONES, CTRL + Z), ואף דנים באימוץ חוק פרילי. ראו לאחרונה הצעת חוק פרילי בארצות הברית Intimate Privacy Protection Act, H.R. 5896, 114th Cong. (2016). כן ראו Mary A. Franks, "Revenge Porn" Reform: A View from the Front Lines, 69 FLA. L. REV. 1251 (2017).

91 ראו בג"ץ עורד גז, לעיל ה"ש 1, פס' מ"ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

92 לדוגמה, באמצעות תוספות וכותרות המהוות לשון הרע בידי המפיצים ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 41; לי ירון ועודד ירון "עיריית תל אביב תובעת את פייסבוק, גוגל ושני בלוגרים בשל הכפשת

במקרה זה יתרונות הביוש אינם מתקיימים. ביוש מסוג זה אינו מסייע באכיפת נורמות. כאשר הוא מתחיל כעבירה או עוולה הוא מפר את הנורמות שהותוו לפי הדין בשיטת המשפט לכתחילה. כאשר ביוש (לגיטימי) מתפתח להטרדה, הוא אינו מתמקד במעשה אלא במבויש ויכול כשלעצמו להפר נורמות (אחרות) בשל פגיעתו בסדר החברתי. ביוש מסוג זה אף יכול לפגוע בחופש הביטוי, מאחר שחופש הביטוי פועל לשני הכיוונים,⁹⁴ וביטויי לשון הרע או הטרדה יכולים להוביל לאפקט מצנן ולפגוע למעשה בחופש הביטוי של המבויש.⁹⁵ הגבלת ביטויים אלו אפוא עולה בקנה אחד עם עקרונות חופש הביטוי⁹⁶ ואף הוכרה בדין.⁹⁷

עובדים סוציאליים" הארץ – חדשות (12.7.2016) bit.ly/2IsYZOU ("דניאלה הושמעה בפייסבוק ובבבלוגים. 'פרצו לחשבון הפייסבוק שלי', היא אומרת. הוציאו משם תמונות אישיות שלי ופרסמו אותן. כתבו פרטים אישיים על חיי, תוך סילופים שונים והציגו אותי באור מאוד שלילי ופוגעני, תוך התייחסות למידותיי, ניסיונות לייחס לי דברים פלייליים שלא היו ולא נבראו, רובם אגב על רקע מיני, תוך הסתה קשה, כשהם מכנים אותי 'חוטפת תינוקת' ו'סוחרת ילדים'").

93 לדוגמה פרסום פרטים אישיים של המבויש וקריאה להטרדה. ראו Jacqueline D. Lipton, *Repairing Online Reputation: A New Multi-Modal Regulatory Approach*, 145 AKRON L. PUB. 1, 6–11 (2014); ה"ט (שלום ראש"צ) 8252-06-17 עזרא נ' מישורים, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.6.2017) ("על מנת שתחצה ההטרדה באמצעות פרסומים את גבולם של דיני לשון הרע ותיכנס להיכלו של חוק מניעת ההטרדה המאיימת, יש להיווכח כי מדובר בפרסומים רבים, חוזרים ונשנים, בתדירות גבוהה, כך שהצטברותם ומידת האינטנסיביות שלהם גורמת לפגיעה של ממש ביכולתו של הנפגע לקיים שגרת חיים תקינה"). דוגמה נוספת היא פעולה אגרסיבית של בני נוער רבים כלפי יחיד. להרחבה על תופעת הבריונות ראו Klonick, *Re-Shaming*, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1034 (מגדירה בריונות בתור אקט ורבלי או פיזי אגרסיבי החוזר על עצמו וכולל פערי כוחות). ראו גם Jamie Wolf, *The Playground Bully Has Gone Digital: The Dangers of Cyberbullying, the First Amendment Implications, and the Necessary Responses*, 10 CARDOZO PUB. L. POLICY & ETHICS J. 575 (2012); Elizabeth M. Jaffe, *From the School Yard to Cyberspace: A Review of Bullying Liability*, 40 RUTGERS COMP. & TECH. L.J. 17 (2014); Ari E. Waldman, *Are Anti-Bullying Laws Effective*, 103 CORNELL L. REV. 86 (2017); ענת ליאור "החלת הוראות תוכני 'חוק הסרת תוכן המהווה עבירה מרשת האינטרנט' על תופעת הבריונות-ברשת" (טיטת המאמר הופצה למשתתפי הכינוס "המשפט והמרחב הקיברנטי", מכון סאקר, 26.6.2017).

94 הספרות התייחסה לחשיבות ניתוח הזכות לחפש הביטוי משני הכיוונים (הצד המתבטא והצד שהביטוי מופנה כלפיו). ראו Jeremy K. Kessler & David E. Pozen, *The Search for an Egalitarian First Amendment*, 118 COLUM. L. REV. 1935, 1994 (2018) ("arguments involving speech on both sides focus on the degree to which one party's expressive activity compromises the ability of other private parties to exercise their own First Amendment rights").

95 CITRON, HATE (להלן: DANIELLE K. CITRON, HATE CRIMES IN CYBERSPACE 195–199 (2014) SILVERMAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 79–80 (מרגימים את השלכותיה הקשות של הפצת שקרים והטרדה על חופש הביטוי של המבויש אשר מביאות להדרתו מהשיח). כן ראו ZEYNEP TUFECKI, *TWITTER AND TEAR GAS: THE POWER AND FRAGILITY OF NETWORKED PROTEST* (2017) 179 (מציינת לדוגמה כי כאשר אדם מבקר דעה פוליטית של אחר, הביקורת חוסה בחופש הביטוי. אולם התקפות המוניות על אדם שלעיתים אף מלוות באיומים דווקא משתיקות ביטוי).

96 Geoffrey R. Stone, *Privacy, The First Amendment, and the Internet*, in THE OFFENSIVE INTERNET 174, 182 (Saul Levmore & Martha C. Nusbaum eds., 2012).

97 ראו לדוגמה איוון הזכויות המאפשר הגבלת חופש ביטוי בנוגע לביטויי לשון הרע (אורי שנהר דיני לשון הרע 32–35 (1997)). בדומה לזה, הדין האמריקני הכיר בקטגוריות של ביטוי בעל ערך נמוך (low-value speech) ואפשר להגביל את חופש הביטוי באשר אליהן (ראו Stone, לעיל ה"ש 96).

הקשיים שמעורר הביוש מתעוררים במלוא תוקפם כשמדובר בביוש רע. ראשית, כאשר הביוש כולל שמועה שקרית על אדם או הפצת מידע לא מדויק, הוא אינו יעיל כשלעצמו. גם ביוש שיצא משליטה בתהליך ההפצה פוגע ביעילות ומוביל להרתעת יתר ולאפקט מצנן לא מידתי שיוביל את הכלל לחשוש לפעול בחופשיות במרחב הציבורי. שנית, פעולה אגרסיבית חוזרת ונשנית של תקיפה ישירה של פרט, שעולה כדי עבירה, אינה פרופורציונלית למעשה ואף מהווה הפרת דין כשלעצמה.⁹⁸

(ג) "ביוש המכוער"

"ביוש המכוער" הוא פעולה ביוזמה פרטית (בשונה מהנחיית בית משפט) שמטרתה לבייש פרטים בחברה בשל הפרת נורמות או דין באמצעות הפצת המעשה וגינויו באינטרנט וברשתות החברתיות.⁹⁹ מטרתה של פרקטיקה זו היא לבייש התנהגות שנתפסת "מכוערת" בעיני החברה. פרקטיקה זו הביאה פעמים רבות לתפוצה רחבה של הדברים, שאף הפכו לווריאליים.¹⁰⁰

במקרים רבים יתרונות הביוש מתממשים גם כאשר הוא תוצאה של יוזמה פרטית. הוא עשוי לסייע באכיפת דין¹⁰¹ או נורמה באשר למבויש הספציפי ויכול להרתיע את המבויש מפני חזרה על המעשה.¹⁰² הוא אף יכול להרתיע את כלל החברה מפני הפרת נורמות.¹⁰³ כמו כן ביוש מסוג זה מקיים ערך חשוב בשמירה על חופש הביטוי. הוא מקדם את האוטונומיה של המבייש, מעשיר את שוק הרעיונות ומאפשר למבייש להשתתף בתרבות הדמוקרטית. פגיעה פוטנציאלית בחופש הביטוי של המבויש עשויה להיות מוגבלת כל עוד הביוש לא יצא משליטה.

ביוש זה מעורר חלק מהקשיים והסכנות שצוינו. הביוש אינו מכוון "למעלה", מבית משפט. כך, כל אחד יכול לבייש לפי שיקול דעתו, לעיתים בגין התנהגות שאינה פסולה מעיקרה.¹⁰⁴ אולם במקרה זה ייתכן כי היקף הגינוי יהיה מוגבל, מאחר שפרטים מעטים יותר יגנו מעשה שלפי אמונתם הראשונית אינו מפר נורמות. נוסף על זה, ברשת חברתית הטרוגנית משתתפים בדיון על המעשה לעיתים יצאו נגד הביוש.¹⁰⁵

98 ביוש שכולל תקיפה חוזרת ונשנית של פרט יכול לעלות כדי עבירה של הטרדה מאיימת לפי ס' 2 לחוק הטרדה מאיימת.

99 לדוגמה, דף הפייסבוק "נלחמים בישראלי המכוער", לעיל ה"ש 32. יצוין כי פרקטיקה זו עלולה להשפיל אדם בעיני הבריות ולבזותו ולעלות כדי לשון הרע לפי ס' 1 לחוק איסור לשון הרע. אולם במקרה של "ביוש המכוער" לשון הרע חוסה בהגנות החוק (אמת הפרסום (ס' 14) או תום לב (ס' 15)).

100 ראו NAHON & HEMSLEY, לעיל ה"ש 13 (מסבירים כי אירוע ויראלי מתרחש באמצעות הפצה מהרבה להרבה כאשר מתרחשת האצה חדה של התפשטות בזמן קצר).

101 לדוגמה כאשר הנורמה שהופרה גם אסורה על פי דין, לדוגמה טענה לביצוע עבירה (כגון הטרדה מינית).

102 לדוגמה, נוסעי טיסת השוקולד באו על עונשם, ונראה כי להבא לא יתפרעו בטיסות. ראו לי אברמוביץ' "הנוסעים שהתפרעו בטיסה: 'התהפכו לנו החיים, אנחנו מתביישים'" Mako – חדשות (23.2.2015) bit.ly/2UucPYq.

103 ראו המובאה מדף הפייסבוק "נלחמים בישראלי המכוער", לעיל ה"ש 32.

104 ראו הדוגמה באשר לניצול ממושך של אינטרנט כחנות מחשבים, לעיל ה"ש 61.

105 באשר לתפקיד האמונה הראשונית של הפרט בנוגע למידע כגורם חשוב בהחלטה על הפצת מידע ראו Edward Glaeser & Cass R. Sunstein, *Does More Speech Correct Falsehoods*, 43 J. LEGAL

טיעון היעדר הדיוק בהיעדר הליך נאות מתעורר במלוא תוקפו כאשר לביוש מסוג זה, מאחר שפעמים רבות המפיצים מביישים בסרטון או תמונה בלי להיות ערים להקשר שבו אירעו הדברים, מפרשים את המידע על המבויש פרשנות שגויה וגורמים לגינוי פרט בגין מעשה שאינו בהכרח ראוי לגינוי.¹⁰⁶ גם ביוש בגין התנהגות הראויה לגינוי עלול לצאת משליטה בתהליך ההפצה, להתפתח ללשון הרע שאינו חוסה בהגנות החוק או להטרדה ולהפוך לביוש "רע".

"ביוש המכוער" לא תמיד ימלא את מטרתו באכיפת נורמות ביעילות. אולם כל עוד לא הפך ל"ביוש רע", הסיכוי שיביא את הפרט לחיות בשולי החברה ולהפר נורמות במידה מוגברת אינו גדול.¹⁰⁷

4. כלים מצויים להקלת נזקי הביוש

הביוש ברשתות מקוונות אינו מסתיים בפלטפורמה הספציפית אלא מתפשט במרחב המקוון וניתן לאיתור מאוחר יותר. הוא יכול לגרום למבויש נזקים כבדים הכוללים נזק כלכלי, פגיעה בחופש התנועה, נזקים דיגיטריים של פגיעה בכבוד, הדרה חברתית ונזק נפשי וחרדה לא פרופורציונליים למעשה.¹⁰⁸ מהם הכלים שבאמצעותם יוכל המבויש להתמודד עם נזקי הביוש?

אפשרות ראשונה להתמודדות היא תביעות משפטיות אזרחיות, או אף פליליות, נגד המבייש, שפעמים רבות פועל בזהותו האמיתית ברשתות החברתיות.¹⁰⁹ כאשר הביטוי אינו אמת, או מוצא מהקשרו, אפשר להגיש תביעת לשון הרע ישירה נגד המפרסם ומפיצי הביטוי.¹¹⁰ פסיקה לטובת הנפגע תזכה אותו בפיצוי ללא הוכחת נזק ותאפשר לו להפיץ את פסק הדין. כאשר הצהרות המבייש אמיתיות, לעיתים יוכל המבויש לתבוע תביעות נזיקין בגין עוולה של פגיעה בפרטיות, אם כי בנוגע לרוב סוגי הביוש תעמוד למפרסם הגנה.¹¹¹ במקרים מסוימים יוכל הנפגע להביא להגשת כתבי אישום בגין העבירה של פגיעה

(2014) 65 SUNSTEIN, #REPUBLIC ; STUD. לעיל ה"ש 12, בעמ' 95–120. כאשר הרשת החברתית הטרוגנית, ואין אמונה ראשונית שלטת אחת בנוגע למידע, קהל היעד לא יהיה אחיד בתפיסתו אותו. יהיו שיתמכו בגינוי ויהיו שדווקא יתמכו במבויש.

106 ראו דוגמאות להיעדר דיוק, לעיל ה"ש 68–69.

107 ראו לעיל ה"ש 102, נוסעי טיסת השוקולד הביעו חרטה והחיים שבו למסלולם. ייתכנו מצבים שבהם הביוש לא יממש את מטרתו, אולם כשהביוש מידתי, הסיכוי שיביא להחרפת ההפרה אינו גדול.

108 SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION, לעיל ה"ש 4, פרק 4.

109 לדוגמה, ס' 3.1 לתנאי השימוש בפייסבוק שלפיהם על משתמשי פייסבוק למסור פרטים אמיתיים בעת ההרשמה ("תנאי השימוש" פייסבוק bit.ly/2KwiEjK (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019)).

110 ראו ס' 7 לחוק איסור לשון הרע, וכן ס' 7א (המאפשר לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק). בארצות הברית, ראו Klonick, Re-Shaming, לעיל ה"ש 64.

111 ראו ס' (4)2 לחוק הגנת הפרטיות. אולם במקרים רבים של ביוש תחול ההגנה שבס' 18(3) לחוק הגנת הפרטיות, כאשר לעניין ציבורי בפרסום. נראה שהגנה זו תחול כאשר לביוש "טוב". כמו כן, ייתכן שהגנה זו תחול במקרים של "ביוש המכוער" כאשר הפרת הנורמה עולה בקנה אחד עם נורמות רווחות בחברה.

בפרטיות, אם יוכיח כוונת זדון.¹¹² אם הביוש התפתח להטרדה, המבוש יכול לבקש מבית המשפט צו נגד הטרדה מאיימת.¹¹³ ואם הופצו תמונות אינטימיות של המבוש ללא הסכמה, הוא יוכל לתבוע לפי חוק למניעת הטרדה מינית או חוק הגנת הפרטיות.¹¹⁴ אולם פעמים רבות האכיפה אינה מספקת.¹¹⁵ נוסף על זה, קובלנה פרטית או תלונה במשטרה באשר לעבירות של פגיעה בפרטיות והטרדה עלולות להוביל להליך מורכב וארוך הכרוך בהוכחת יסודות העבירה.¹¹⁶ הדברים תקפים גם באשר לניהול הליך אזרחי, שאף כרוך בעלויות, ובינתיים הביוש יכול להימשך.¹¹⁷ יתרה מזאת, תביעה יכולה להוביל לפיצוי מאת המפרסם, אולם הפרטים ששיתפו את הביטוי רבים ומבוזרים. הגשת תביעה נגדם היא משימה בלתי אפשרית, וספק אם תוביל לאחריות משפטית.¹¹⁸ באשר לצו נגד הטרדה מאיימת, מסלול זה מהיר יותר, הצו יכול להינתן במעמד צד אחד, ודיון בנוכחות הצדדים יתקיים בתוך שבוע ימים. אולם המבקש יידרש להוכיח כי ביצוע

112 ראו ס' 5 לחוק הגנת הפרטיות, שיוכל לסייע למבוש ביוש "רע" בנוגע לפרסום הראשוני. יצוין כי בארצות הברית אף קיימות עוולות ועבירות ספציפיות של גרימת נזק נפשי. ראו Avlana K. Eisenberg, *Criminal Infliction of Emotional Distress*, 113 MICH. L. REV. 607, 634-638 (2015). כן ראו Lipton, לעיל ה"ש 93, בעמ' 38-28, JONES; לעיל ה"ש 90, בעמ' 70 (מציינת כי שלושים ושבע מדינות בארצות הברית כבר חוקקו חוקים נגד הטרדה).

113 ראו ס' 5א לחוק למניעת הטרדה מאיימת, וכן העברות המוזכרות לעיל בה"ש 98.

114 ראו דנציג-רוזנברג ורוזנברג, לעיל ה"ש 90, בעמ' 266-267.

115 SILVERMAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 75-82. הרשויות אינן מקצות משאבים מספיקים לטיפול יעיל בתלונות, וגם כשעבירה מגיעה לבית משפט, פסק הדין לא תמיד יוביל להרתעה. לדוגמה, גם כאשר בית משפט צבאי קבע את אחריות המבוש, הסנקציה שהוטלה עליו – מאסר מותנה ופיצוי של 4,000 ש"ח לכל מתלוננת – לא בהכרח מרתיעה. ראו ז"י (צבאי דר') 399/15 **התובע הצבאי נ' ז.א.** (פורסם בנבו, 27.6.2016) (המתייחס לפרסומים בעלי הקשר מיני באפליקציה "סיקריט" שנסגרה בינתיים. באותו עניין חל שיהיו בהגשת כתב האישום, ועניין זה נשקל בשיקולים להקלה בעונש. גזר הדין לא כלל מאסר בפועל אלא רק מאסר על תנאי, הורדה בדרגה וקנס. לא די בכך שהמערכת המשפטית הצבאית השתתתה בטיפול בעבירה חמורה, בית הדין השתמש בעובדה זו כשיקול להקלה בעונש. עניין זה ממחיש אפוא את אוזלת ידה של אכיפת הדין שאינה מספקת ואינה מביאה להרתעה יעילה).

116 למשל בעבירה של פגיעה בפרטיות יש להוכיח יסוד של זדון (ראו סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות).

117 Klonick, *Re-Shaming*, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1060, Lipton; לעיל ה"ש 93, בעמ' 16 (מציינת כי בחלק מהמקרים החקיקה המסורתית אינה מתאימה לסיטואציה של עבירות הטרדה באינטרנט ונדרשת פרשנות). כך, נראה כי גם העמימות החקיקתית עשויה לסרב את ההליך.

118 לעניין זה קבע בית משפט השלום כי לייק ושיתוף אינם פרסום לשון הרע אלא הסתכלות ממבט הציפור על הפרסום. ראו ת"א (שלום ת"א) 19430-03-14 **נידילי תקשורת נ' שאול**, פס' 65 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.8.2016). על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי ובמסגרתו הוגשה חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה שהבחינה בין חיבוב (לייק) לשיתוף וגרסה כי שיתוף הוא פרסום לשון הרע. אולם אפשר שההקלות וההגנות בחוק יביאו להיעדר חבות. בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וחייב את הנתבעים בפיצוי (ראו ע"א (מחוזי ת"א) 35757-10-16 **נידילי תקשורת בע"מ נ' שאול** (פורסם בנבו, 16.1.2019)), אולם גם בית המשפט המחוזי סבר כי אף ששיתוף הוא פרסום, יש להרחיב את ההסדרים הנוגעים לפרסומים מותרים, להגנות ולהקלות העומדות למפרסם מכוח החוק ואת פירושו ויישומם של הסדרים אלו בעולם הרשתות החברתיות. כך אפשר שבמקרים רבים של שיתוף תכנים, פרשנות ההגנות וההקלות תוביל להיעדר חובת פיצוי בגין השיתוף (ראו שם, פס' 79-81). לאחרונה הוגשה לבית המשפט העליון בקשת רשות ערעור על פסק הדין ונקבע כי התיק ייקבע לדיון בפני הרכב. ראו רע"א 1239/19 **שאול נ' נידילי תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 14.5.2019).

הפרסומים, עוצמתם, תדירותם והיקפם פוגעים ממשית בשלוות חייו. גם כאשר הוכחו קריטריונים אלה, בתי משפט יכולים להגביל את הצו לפרסום במדיה מסוימת, והסעד לא בהכרח יביא להפסקת הפגיעה.¹¹⁹ ההחלטה השיפוטית אף לא תשקם את המוניטין של המבוש שהדברים על אודותיו מוסיפים להיות נגישים במנועי החיפוש.

אפשרות שנייה להתמודדות עם ביוש יכולה להיות תגובה של המבוש לדברים ותיקון מידע שאינו מדויק, שקרי או שהוא פרשנות לא נכונה של מעשיו. לעניין זה אף הוצע בספרות כי מנועי החיפוש יאפשרו למושא המידע זכות תגובה שתשתקף בכוכבית לצד תוצאת החיפוש.¹²⁰ אולם יעילות הצעה זו מוגבלת מאחר שפעמים רבות תגובת המבוש לא תועיל ואף תוביל להתבצרות בעמדה נגד המבוש.¹²¹ התגובה אף עלולה להגביר את נראות הביוש ולגרום דווקא שיאמינו לו יותר.¹²²

אפשרות שלישית להקלת נזקי הביוש היא נקיטת סעד עצמי שיקשה את הנגישות לביטויים באמצעות ניהול מוניטין ואופטימיזציה של מנועי חיפוש. לדוגמה, המבוש יוכל למלא את הרשת במידע סתמי על אודותיו שנראה "טבעי" כדי להביא לערפול ולהורדת דירוג התכנים המביישים במנועי החיפוש.¹²³ למשל: ליצור דפי רשתות חברתיות בכל הרשתות ולהביא לירידת דירוג התכנים המביישים.¹²⁴ אפשרות אחרת היא ליצור פרופילים סתמיים נוספים בשמו של אותו אדם.¹²⁵

119 עניין מישוריס, לעיל ה"ש 93, פס' 16 לפסק הדין (שם הצו הוגבל לפרסום בדף הפייסבוק של המבקש. ייתכן כי המבקש פעיל במיקומים אינטרנטיים אחרים והמטריד ימשיך להטרידו בהם).

120 Rustad & Kulevska, לעיל ה"ש 28, בעמ' 384–385 (המציינים כי ב-2007, אפשרה גוגל לפרטים שאוזכרו במאמרי חדשות להגיב, ותגובתם הופיעה לצד תוצאת החיפוש. בהמשך זנחה גוגל תכונה זו). הצעה ברוח דומה היא לפתח מנגנון שיאפשר סימון תגובות וביקורות שתועלתן ליצור קטנה כדי להפחית את המשקל שיוחס להם. ראו Hannah L. Cook, *Flagging the Middle Ground of the Right to Be Forgotten: Combatting Old News with Search Engine Flags*, 20 VAND. J. ENT. & TECH. L. 1 (2017).

121 SUNSTEIN, CONSPIRACY THEORIES, לעיל ה"ש 14, בעמ' 25 (המציין בהקשר של הפרכת תאוריית קונספירציה שלעיתים תגובה מועילה ולעיתים היא מביאה דווקא להתפשטות השמועה).

122 Pennycook, Tyrone & Rand, לעיל ה"ש 14.

123 על ערפול כפרקטיקה להגנת פרטיות במידע ראו – WOODROW HARTZOG, *PRIVACY'S BLUEPRINT* – (להלן: HARTZOG, THE BATTLE TO CONTROL THE DESIGN OF NEW TECHNOLOGIES 108 (2018) FINN BRUNTON & HELEN, *PRIVACY'S BLUEPRINT*. על פרקטיקות ודרכים לערפול ראו NISSENBAUM, *OBfuscation: A User's Guide for Privacy and Protest* 87 (2015).

124 RONSON, לעיל ה"ש 8, בעמ' 251 (מספר את סיפורה של לינדי, בחורה שבוישה בגין פוסט שהיא עצמה העלתה לרשת ומתאר את התהליך של הורדת הדירוג ממנועי החיפוש). לעניין ניהול מוניטין אונליין ראו Lipton, לעיל ה"ש 93, בעמ' 41–44. ראו גם לדוגמה שירות ניהול מוניטין בשם "קלינטרנט", "דף הבית" קלינטרנט bit.ly/2XaaTRZ (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019), המציע בין השאר הסרת קישורים לפסקי דין לא מחמיאים או יצירת ידיעה אחרת באותו אתר שכותרתה דומה, כדי שהפרטים המביישים לא ייכללו בעמוד הראשון. על שירותים אלו בארצות הברית, ראו JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 74.

125 SILVERMAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 212.

אולם ניהול המוניטין פוגע במבוש, המבקש להישכח מהתודעה, מאחר שפעמים רבות הוא כרוך בהוספת מידע (חיובי או סתמי) על אודותיו כדי לדחוק מידע שלילי.¹²⁶ נוסף על זה, משימת ניהול המוניטין יכולה להיות מורכבת, בייחוד אם הפרט שפרסם את הדברים וחבריו נוקטים פעולות המגבירות את הנגישות למידע המבייש במנועי החיפוש.¹²⁷ ההצלחה אף איננה מיידית, ובינתיים הביוש ממשיך. נוסף על זה, האדם הממוצע אינו מבין את פעולת האלגוריתמים של מנועי החיפוש ועשוי להזדקק לשירותים של ניהול מוניטין.¹²⁸ לנוכח עלויות שירותים אלו יוכלו מבושים בעלי משאבים להשתמש בהם, ואף משתמשים בהם בפועל,¹²⁹ ואילו קבוצות מוחלשות יוותרו מבושות.¹³⁰

בשולי הדברים אציין גם כי אף שפרקטיקות של ערפול באמצעות ניהול מוניטין יכולות לסייע למבוש להשכיח את הביוש, הן ממלאות את זרם המידע במידע לא רלוונטי, "מזהמות" את המידע באינטרנט ואף עלולות לפגוע ביחסים חברתיים ובאמון ברשתות.¹³¹ אפשרות רביעית להתמודדות היא פניית המבוש למתווך התוכן בבקשה להסרה. במדינות שונות הותווה משטר של הודעה והסרה בנוגע לביוש שהחל כביוש "רע" שלפיו לא יישא המתווך באחריות לביטוי אם יסיר אותו בעקבות הודעה עליו.¹³² נוסף על זה, בחלק מהפלטפורמות התוו המתווכים סטנדרטים של הסרה וולונטרית של תוכן פוגעני

126 לטיעון זה ראו Jones, לעיל ה"ש 90, בעמ' 75.

127 Citron, Hate Crimes, לעיל ה"ש 95, בעמ' 133–134.

128 Ronson, לעיל ה"ש 8, בפרק 14 (מציין כי נדרש זמן עד שניהול המוניטין מצליח לממש את מטרתו, וכי שירות ניהול מוניטין יכול להיות יקר).

129 מאמר זה אינו עוסק בביוש ידוענים, אולם דוגמה לשימוש בשירותי ניהול מוניטין בידי בעלי משאבים היא הזמר אייל גולן שבעניינו "נעלמה" פרשת הקטינות מהעמודים הראשונים של מנועי החיפוש. ההשערה היא שהוא השתמש בניהול מוניטין. ראו נתי טוקר "לאן נעלמה פרשת אייל גולן? כך מלבינים כביסה מלוכלכת בגוגל" *The Marker* (1.1.2014) bit.ly/2UdRiON.

130 ראו Jones, לעיל ה"ש 90, בעמ' 74; Rustad & Koenig, לעיל ה"ש 30 (טוענים כי קבוצות אוכלוסייה מוחלשות סובלות מביוש יותר מכלל האוכלוסייה. כשיוצרים מנגנוני ניהול מוניטין התוצאה היא הגברת פערים חלוקתיים). ראו גם Mary A. Franks, *Free Speech Elitism: Harassment Is Not the Price We Pay for Free Speech*, *THE HUFFINGTON POST* (Jan. 23, 2014, 11:06 AM) bit.ly/2ULT91L, בהקשר דומה לעניין ביוש והטרדת נשים. תופעה זו כונתה "אליטיזם של חופש ביטוי", שלפיו לכאורה כולם נושאים בהטבות ובעלויות של הביטוי, אולם בפועל קבוצות מוחלשות נושאות ברוב העלויות. להרחבה על ההשלכות החלוקתיות של האלגוריתם, ראו Jane R. Bambauer & Tal Zarsky, *The Algorithm Game*, 94 *NOTRE DAME L. REV.* 1, 5 (2018) ("The algorithm game also has important yet unintuitive distributional consequences. Some populations will be less willing or able to engage in gaming, and therefore both gaming and countermoves can have disparate effects on different subgroups").

131 Neil Richards & Woodrow Hartzog, *Privacy's Trust Gap: A Review*, 126 *YALE L.J.* 1180, 1186 (2017).

132 ראו לדוגמה ס' 10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח–2008, ה"ח הממשלה 356. אשר הוגשה בהמשך גם במתכונת הצעת חוק פרטית של חבר הכנסת מאיר שטרית (ראו הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשע"א–2011, פ/3418/18), אף שההצעה לא השתכללה לכדי חוק בתי המשפט, נוהגים לפיה. ראו גם את הדין באירופה Council Directive 2000/31(EC) of the European 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, Art. 14).

בעקבות הודעת הנפגע, בשל אחריות חברתית של המתווך או כדי לשפר את השיח בפלטפורמה כדי לקדם את רווחיהם. אולם סעד זה מוגבל בעיקר למבויש ביוש "רע".¹³³ אפשרות חמישית להתמודדות היא פניית המבויש למנוע החיפוש בבקשה להסרת הקישורים לתכנים המביישים. סעד זה יכול לחול בנוגע לכל סוגי המבוישים אולם אומץ במתכונת זו רק באיחוד האירופי.¹³⁴ הסרת קישור לביוש ממנועי החיפוש לפי דין לא תביא לתיקון הפגיעה הדיגיטלית הישירה בנפגע. אולם בטווח הארוך פתרון זה יכול לצמצם חשיפת צדדים שלישיים לביטוי, לעיתים שנים לאחר שהובע, ותמנע הגברה של נזקיו. בנקודה זו עולה השאלה אימתי וכיצד ראוי שהדין יאפשר הסרה. שאלה זו מערבת איזונים מורכבים.

ב. ביוש לנצח?

האם ראוי שהשלכות הביוש ילוו את המבויש לנצח ויכבולו אותו למעשיו בעבר? או שמא ראוי לאפשר רברסיליות, ואם כן – אימתי?¹³⁵ האם הטענות בשבח הביוש תקפים לנצח, או שהם מאבדים מתוקפם לאחר תקופה? מה ראוי שיהיה היקף "הזכות להישכח", וכיצד ובאילו נסיבות ראוי להחילה על סוגי ביוש שונים? חלק זה יתמקד בשאלות אלו.

1. בשבח השכחה

משחר ההיסטוריה שכחה היא הנורמה, והזיכרון הוא היוצא מן הכלל.¹³⁶ רבות נכתב בשבח השכחה. היא מאפשרת לנו להשתחרר מהעבר ומשמרת את האוטונומיה של הפרט.¹³⁷

¹³³ לדוגמה, פייסבוק מגדירה בהגדרת בריונות והטרדה גם תוכן מבייש, אולם ספק אם התוצאה תהא הסרה בנוגע לכל המבוישים מאחר שתהליך ההסרה של המתווכים המרכזיים מתבצע לפי ערכי חופש הביטוי בארצות הברית, ודברים אלה נכתבו תחת הכותרת "בריונות והטרדה". נראה שהדברים יוסרו רק כאשר הביטוי עולה כדי עבירה (ראו "כללי הקהילה" פייסבוק bit.ly/2UeHwvE (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019) (ס' 9: בריונות: "נסיר תוכן שנראה כאילו הוא מתמקד במכוון באנשים פרטיים כדי להשפיל ולבייש אותם"). נוסף על זה, דברים אלה תקפים לפייסבוק. בשונה מזה, המדיניות בטוויטר בעניין זה מצמצמת יותר. על פרקטיקות ההסרה של פייסבוק, טוויטר ויוטיוב, שמתבצעות בדרך שעולה בקנה אחד עם ערכי התיקון הראשון בארצות הברית ראו Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598 (2018) (להלן: Klonick, *Governors*).

¹³⁴ כפי שאראה בהמשך, מדינות שונות נקטו גישות שונות בשאלה אם לאפשר הסרה. באיחוד האירופי הוטלו חובות נרחבות יותר על מנועי החיפוש להסיר מידע שקרי או לא רלוונטי. ראו Case C 131/12, Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja [2014] O.J.C 212 4. חובות אלו אף עוגנו בהסדרה החדשה להגנת מידע (GDPR) להרחבה, ראו ה"ש 174–175 להלן.

¹³⁵ Tut, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1118.

¹³⁶ VIKTOR MAYER-SCHONBERGER, *DELETE: THE VIRTUE OF FORGETTING IN THE DIGITAL AGE* ch. 1 (2009).

¹³⁷ ראו שם, פרק 4 (דוגמה ל"הצפת" זיכרונות באמצעות חיפוש בדוא"ל אף שנשכחו בזיכרון האנושי). כן ראו Tut, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1127.

שכחה אף מעניקה לפרט תמריץ להשתנות, להתפתח וללמוד. כמו כן היא מקדמת חופש ביטוי, דיאלוג עמוק והשתתפות דמוקרטית. מאחר שהפרט יודע שטעויות עבר לרוב לא ייחרטו בזיכרון, הוא ירגיש חופשי להשתתף בשיח ולהביע דעות ורעיונות.¹³⁸ שכחה מאפשרת לפרט שנפגע מרעהו אף לסלוח ולהגיע לשלווה.¹³⁹ במצבים מסוימים המשפט מבכר את השכחה על פני הזיכרון, מאפשר לפרטים שכשלו הזדמנות שנייה ומעניק להם סליחה משפטית בגין כישלון מוסרי או עסקי.¹⁴⁰ לדוגמה, חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים קובע תקופות התיישנות של המרשם, ואלו משתנות לפי חומרת העבירה.¹⁴¹ מחיקה מהמרשם מאפשרת פתיחת דף חדש.¹⁴² עקרון הסליחה המשפטית אומץ גם מעבר לים בתחומים שונים. לדוגמה, בנוגע למחיקה מהמרשם הפלילי ככלל ובאשר לתיעוד עבירות שביצעו בני נוער בפרט,¹⁴³ בנוגע להסרת מידע על פשיטת רגל מדיווחי אשראי¹⁴⁴ ובתחומים נוספים.¹⁴⁵ שכחה מאפשרת הטבות חשובות לפרט ולחברה. אולם העידן הדיגיטלי הוביל למעבר מברירת מחדל של שכחה לברירת מחדל של זיכרון.

2. זיכרון בעידן הדיגיטלי

מאז ומעולם שאף האדם להרחיב את יכולות הזיכרון שלו באמצעות פיתוח מנגנונים שיסייעו לשימור ידע ומידע (לדוגמה ספרים, מכשירי הקלטה ומצלמות). מנגנונים אלו לא פגעו ביכולת לשכוח במידה ניכרת. אולם המעבר לעידן הדיגיטלי הביא עמו טכנולוגיות שחוללו מהפכה של ממש ושינו את מאפייני הפצת המידע ושימורו לחלוטין.¹⁴⁶

138 שם, בעמ' 1129.

139 JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 14–15.

140 MAYER-SCHONBERGER, לעיל ה"ש 136, פרק 1; Tutt, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1131 (לדוגמה במקרים של עבירות פליליות או פשיטת רגל).

141 ראו ס' 14 ו-17 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א–1981; קמיני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 441.

142 ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 655–657 (1987).

143 במדינות רבות בארצות הברית מתאפשר לפרטים שהורשעו בהיותם בני נוער להגיש בקשה לחתום את המרשם הפלילי. ראו Antani, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1196; Rustad & Kulevska, לעיל ה"ש 28, בעמ' 379; Frank Pasquale, *Reforming the Law of Reputation*, 47 LOY. CHI. L. J. 515, 534–535.

(2015) (להלן: Pasquale, *Reforming*).

144 שם, בעמ' 530 (מפנה ל- "[N]o consumer reporting agency may make any consumer report containing [...] [bankruptcies that] antedate the report by more than 10 years") 15 U.S.C. § 1681c(a)(1) (2012).

CHRIS J. HOOFNAGLE, FEDERAL TRADE COMMISSION PRIVACY LAW AND POLICY 281 (2016).

145 Tutt, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1132.

146 ERIK BRYNJOLFSSON & ANDREW MCAFEE, *THE SECOND MACHINE AGE*, 10 (2014) (המהפכה אפשרה גידול אקספוננטלי בכוח העיבוד שהופך להיות זול יותר, דיגיטציה ואפשרויות נרחבות יותר ליצור קומבינציה של אמצעות).

כיום חלק נכבד מפעילותנו מתועד. כל אחד יכול לצלם תמונה באמצעות טלפון חכם, לטעון אותה מיד לאינטרנט ולחייגה,¹⁴⁷ לפרסם מידע, דעות או שמועות ולשתף בהם. כמו כן אפשר לחפש ולמצוא מידע בקלות, באמצעות מנועי החיפוש, אשר שינו את מחזור החיים של המידע ואפשרו לאתרו שנים לאחר שהופץ.¹⁴⁸ לאפשרות לאתר מידע יתרונות מרחיקי לכת,¹⁴⁹ אולם לצידם עידן זה הוביל להפרטה של הזיכרון החברתי,¹⁵⁰ ל"קץ השכחה" ולאובדן יתרונות והטבות רבים שהשכחה מאפשרת.¹⁵¹

קץ השכחה מביא במקרים רבים לאובדן חלק מהטבות הביוש. לאחר שהסתיים גינוי המבוש באתרי האינטרנט עצמם, התיעוד נותר ומתאר מצב בנקודת זמן אחת.¹⁵² גינוי ההתנהגות יכול להיות מאוחר מחוץ להקשר ולנסיבות. נוסף על זה ייתכן שהמבוש שונה דרכיו, והמידע אינו רלוונטי עוד.¹⁵³ ספק אם תקופה ארוכה לאחר הביוש הוא עדיין מסייע באכיפת חוק ונורמות מאחר שברוב המקרים הביוש מממש את מטרתו לאחר תקופה, ודי בכך כדי להעביר למבוש מסר בנוגע להתנהגות ולמנוע חזרה עליה. אותו המסר בדבר חומרתה של הפרת הנורמה יכול לחלחל גם בחברה בכללותה, ואין נדרשת הרתעה נוספת. במקרים רבים המשך השעבוד למידע שלילי עלול להביא לפגיעה בחופש הפעולה שתהיה גבוהה מהרמה האופטימלית הנדרשת לאכיפת נורמות, להוביל לצינון פעילות מועילה ולהרתעת יתר של המבוש והחברה.¹⁵⁴ היעדר נקודת סיום לביוש אף עלול לפגוע בכבוד המבוש ללא מידתיות.¹⁵⁵ גם חופש הביטוי של המבוש והאוטונומיה שלו עלולים להיפגע

147 SILVERMAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 45 (הקדיש פרק לתרבות התיעוד והשיתוף כדרך חיים במרחב החברתי המקוון).

148 SHOSHANA ZUBOFF, THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM: THE FIGHT FOR A HUMAN FUTURE AT THE NEW FRONTIER OF POWER 58–59 (2019) ("information that would normally age and be forgotten now remains forever young, highlighted in the foreground of each person's digital identity").

149 MAYER-SCHONBERGER, לעיל ה"ש 136, בפרק הרביעי.

150 בהקשר משיק של שימור תרבות דיגיטלית ראו גיא פסח "משפט, זיכרון ושכחה בעידן השעתוק הדיגיטלי" **משפט, חברה ותרבות** 361, 370–367 (2011) (להלן: פסח "משפט דיגיטלי"). פסח מציין כי בעבר מוסדות זיכרון היו גורמים בעלי מאפיינים ציבוריים דוגמת ארכיונים, ואילו כיום האינטרנט חולל שינוי רדיקלי בהיבט הקלות הטכנולוגית והעלויות המופחתות של שיעתוק תכנים, אחסוןם והפצתם והביא לביזור והפרטה של הזיכרון הציבורי.

151 ראו MAYER-SCHONBERGER, לעיל ה"ש 136, פרק 4; BRUCE SCHNEIER, DATA AND GOLIATH (2016) 151 (מרחיב בדבר אובדן הארעיות והשכחה ומחירם החברתי).

152 לדוגמה, דיווח על מעצר כאשר בסופו של דבר אותו אדם שוחרר ללא הגשת כתב אישום. הדיווח הוא אמת לשעתו ואינו האמת בנקודת זמן מאוחרת יותר.

153 JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 124.

154 ייתכנו מקרים שבהם חשש מהשלכות נרחבות של הביוש יגרום לזליגה ובכך לזהירות יתר, להיעדר ספונטניות ולאפקט מצנן גם כאשר להתנהגות שאין קונצנזוס שהיא מפירה נורמה. זאת, מחשש להשלכות הביוש. כמו כן, הביוש יכול להדיר את המבוש משוק התעסוקה גם כאשר אין עוד הצדקה לכך ולפגוע בהתקשרויות יעילות.

155 SILVERMAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 82, מסביר כי גם פרסום ויראלי מתפוגג ומפסיק להיות מופץ בשלב מסוים, אולם הפרסום יוצר שובל של "אחרי החיים" בצורה של עקבות מידע וניתן לאיתור במנועי חיפוש. מלבד זאת, גם תיוגים בתוך הפלטפורמה, לדוגמה "האשטאג" (בעברית: תג הקבצה) בטוויטר,

מאחר שהמידע המופץ על אודותיו יישאר זמין לנצח באתרים ובמאגרים דיגיטליים, ואפשר יהיה לאתרו בנקל באמצעות מנועי החיפוש. תמידיות הביטוי ברשת האינטרנט עלולה להוביל להדרתו התעסוקתית והחברתית,¹⁵⁶ לפגוע בחופש הביטוי שלו ולהגביל את יכולתו להשתתף בחיים הדמוקרטיים.¹⁵⁷ יתרונות הביוש לרוב אפוא אינם עומדים בתוקפם לנצח. התפתחות הטכנולוגיה הביאה להפרת האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין כבוד האדם, לפרטיותו ולזכותו לשם טוב. הפרת האיזון מעוררת את השאלות כיצד יש לאזן את נזקי הפרסום הדיגיטליים כנגד תרומתו של פרסום מידע מבייש לחופש הביטוי, וכן האם ראוי לאפשר למבוש לגלות מחדש את השכחה?

3. מגלים מחדש את השכחה: דין פוזיטיבי

חלק זה יציג שלוש גישות לשכחה בדין הפוזיטיבי החל על מנועי החיפוש (שכחה, זיכרון וגישת ביניים). הוא יפתח בסקירת הדין בנושא ה"זכות להישכח" באיחוד האירופי, שהטיל חובות על מנועי החיפוש להסרת קישורים מתוצאות החיפוש ויצר איזון חדש. בהמשך הוא יבחן את הגישה המנוגדת בארצות הברית ואת גישת הביניים המשתקפת בדין בארץ.

(א) אירופה

הדירקטיבה האירופית למסחר מעניקה למתווכים נמל מבטחים מאחריות לאירוח תוכן. על פיה, המתווך אינו חייב בניטור מוקדם של תכנים, אך עם קבלת הודעה על תכנים מפירי דין עליו להסירם בהקדם.¹⁵⁸ מסגרת זו מתייחסת לביוש "רע". אולם שורשיה של המסגרת

מאפשרים חיפוש מידע על המבוש. קמיני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 69, מביעה עמדה על הבעייתיות בהיעדר נקודת סיום לביוש והיעדר המידתיות הנובע מכך.

156 CareerBuilder, *Number of Employers Using Social Media to Screen Candidates at All-Time*, High, *Finds Latest CareerBuilder Study*, PRESSROOM (June 15, 2017) bit.ly/2Uh49jr. כן ראו Erica Swallow, *How Recruiters Use Social Networks to Screen Candidates*, MASHABLE (Oct. 23, 2011) bit.ly/2Dc3vOj. המציינת שכמעט 90% מהמעסיקים משתמשים במנועי חיפוש ללמוד על מועמדים לעבודה ו-70 אחוז מתוכם ידחו מועמד בהיסמכם על המידע שמצאו, אף אם אינו קשור לעבודה.

157 להרחבה על יתרונות הביוש כשלעצמו, ראו לעיל תת-פרק א.2. לפגיעת הביוש בחופש הביטוי של המבוש ראו לעיל ה"ש 95.

158 Council Directive 2000/31(EC) of the European and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Council Directive on electronic commerce OJ L 178, 17.7.2000, p. 1 (EU)). אציין כי המועצה האירופית שחררה לאחרונה המלצות לפלטפורמות להטמעת מנגנון ליישוב סכסוכים בנוגע להסרת תכנים המכוונת בעיקר לביוש "רע", אשר מוסדר במשטר "הודעה והסרה" בדירקטיבה למסחר. ראו Commission Recommendation (EU) 2018/334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online (Mar. 1, 2018), (Ch. 2 Para. 14: "Member States are encouraged to facilitate, where appropriate, out-of-court settlements to resolve disputes related to the removal of or disabling of access to illegal content"). אולם מנגנון זה אינו חף מקשיים, ונדרשים קווים מנחים בהכרעה באותם הליכי הבוררות.

המרכזית לשכחה באיחוד האירופי היא הדירקטיבה להגנת מידע.¹⁵⁹ דירקטיבה זו הטילה חובות נרחבות על אלה המעבדים מידע אישי. הן חלות על כל "שולט במידע אישי" שנמצא במדינות החברות באיחוד.¹⁶⁰ מידע אישי הוא "כל מידע הקשור לפרט, שניתן לזהותו במישרין או בעקיפין". אחד העקרונות בדירקטיבה הוא כי על מידע אישי שנאסף, להיות מדויק ולהישאר מעודכן.¹⁶¹ לכל מושא מידע יש זכות לבקש מה "שולט במידע" תיקון, מחיקה או חסימה של מידע שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדירקטיבה.¹⁶² עקרונות אלו באו לידי ביטוי מאוחר יותר אף בצ'רטר האירופי לזכויות יסוד.¹⁶³

כאשר נחקקה הדירקטיבה להגנת מידע, היה האינטרנט בחיתוליו, והפרט התקשה למצוא מידע רלוונטי ברשת. רק שלוש שנים לאחר מכן נוסדה גוגל ואפשרה לפרטים גישה למידע. כיום ברירת המחדל היא שתוכן נותר באינטרנט מרגע פרסומו אלא אם מסירים אותו. מצב זה אינו תואם את הדירקטיבה להגנת מידע שלפיה יש להגביל שמירת מידע שבמסגרתו מושא המידע ניתן לזיהוי.¹⁶⁴

ההתנגשות בין הטכנולוגיה המאפשרת לאסוף ולאחסן מידע לבין הדירקטיבה עמדה במוקד פסק הדין *Google Spain*.¹⁶⁵ באותו עניין הגיש אזרח ספרדי תלונה נגד גוגל ספרד ונגד עיתון ספרדי לרשות הספרדית להגנת המידע. הוא טען כי חיפוש שמו בגוגל הביא לקישור לכתבה שהופיעה בעיתון ב-1998 שכללה הודעה על מכירה פומבית של ביתו בשל אי-תשלום חובות לביטוח הלאומי. לטענתו, פרסום הכתבה הישנה באינטרנט הפרה את זכותו לפרטיות, מאחר שעיבוד המידע התבצע כדי לאפשר מכירה פומבית יעילה, התממשה מטרתה של הכתבה, והפרטים אינם רלוונטיים עוד. הרשות להגנת מידע קיבלה את הטענות נגד גוגל ספרד והורתה לה להסיר את הפרסומים, אף שהפרסום בעיתון על אודות המכירה הפומבית אירע לפי צו.

בערעור הגיע העניין לפתחו של בית הדין האירופי לצדק בשל בקשת בית המשפט הלאומי לפרש את הדירקטיבה להגנת מידע. בית הדין האירופי לצדק קבע כי מנוע החיפוש מבצע פעולה של עיבוד מידע אישי וקיבל את טענת התובע כי הזכות להגנת מידע כוללת גם זכות להישכח. לפיכך הורה בית הדין למנוע החיפוש להסיר את רשימות התוצאות שהוצגו בעקבות חיפוש שנעשה על בסיס שמו אף שהמידע, שפורסם כדין, נותר באתר.¹⁶⁶

Council Directive 95/46(EC) of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data 1995 O.J. (L 281) 31

art. 2, שם, 160

art. 6(1), שם, 161

art. 12, שם, 162

UN Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 8 ("Protection of personal data") 163

Edward Lee, *Recognizing Rights in Real Time: The Role of Google in the EU Right to Be Forgotten*, 49 U.C DAVIS L. REV. 1017, 1029 (2016); Miquel Peguera, *The Shaky Ground of the Right to be Delisted*, 18 VAND J ENT & TECH. L. 507, 522 (2016)

עניין *Google-Spain*, לעיל ה"ש 134, 165

לביקורת על הפרדה זו ראו Post, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1068, אשר טוען כי הפרדת האתר ממנוע החיפוש יוצרת תרופה שלא עולה בקנה אחד עם הרציונל האינסטרומנטלי של הדירקטיבה להגנת מידע שלא

ההחלטה בעניין גוגל ספרד הותירה עמימות באשר לשאלה אם מטרת הזכות להישכח היא שמירה על פרטיות במידע לפי היגיון אינסטרומנטלי של שליטה במידע ללא צורך להוכיח נזק כדי לבסס פגיעה, או פרטיות דיגניטרית שהיא זכות שמטרתה להגן על כבודו של אדם ועל אישיותו בתוך כדי איזון בין הנזקים שגורמת התקשורת לאדם נגד האינטרס הציבורי בתקשורת.¹⁶⁷ כך, נותרה עמימות בנוגע לגבולות הזכות. לדוגמה, לא ברור מה מהווה הפרת הדירקטיבה בקישור לתכנים על אודות התובע. האם הבסיס הוא העובדה שהכתבה כללה מידע אישי שהופץ שש-עשרה שנים קודם לכן? האם אפשר לתקן את ההפרה בתיקון המידע בהודעה שהחוב הוסדר? כמו כן נותרו שאלות פתוחות, למשל מה נקודת הזמן שבה המידע אינו רלוונטי עוד או אינו תואם את מטרת עיבוד המידע. פסק הדין הבהיר כי מידע אישי צריך לגרום לדעה קדומה על אינדיווידואל כדי לבסס זכות להישכח. כמו כן נקבע כי ככלל אינטרס הפרטיות של האינדיווידואל עולה על האינטרס הכלכלי של מנוע החיפוש ועל אינטרס הציבור למצוא מידע. אולם בית הדין קבע כי הזכות להישכח כפופה לאיזון עם האינטרס הציבורי במידע. הקביעה מתייחסת למידע הופך ללא רלוונטי ושאלת האינטרס הציבורי מצריכה ניתוח פרטני ממקרה למקרה בידי בתי המשפט.¹⁶⁸

לעת עתה מסתמכת גוגל בהחלטות להסרת קישורים על קווים מנחים פנימיים שבוחנים את מעמדו של מושא המידע בחיים הציבוריים, את טבע המידע המופץ, את מקור המידע שאותו מבקשים להסיר ואת הזמן שבו פורסמו הדברים, שאלות המשליכות על הרלוונטיות של המידע.¹⁶⁹ ההנחיות מבחינות בין דמות פרטית לציבורית, אולם מתאפיינות בכלליות ומותרות עמימות. כיום גם ה-*Article 29 Working Party*, שהוא גוף מיעוט המורכב מנציגי חברי הרשות להגנת מידע וממפקחי הגנת מידע באיחוד האירופי, התווה קווים מנחים ליישום הזכות להישכח שהם קריטריונים שעל מנועי החיפוש לשקול בבחינת בקשות הזכות להישכח.¹⁷⁰ בשונה מהמודל שיוצע בהמשך, קריטריונים אלו הם סטנדרטים פתוחים

מכילה תפיסה של נזק, או אינטרס ציבורי. היא אף אינה מתיישבת עם ההיגיון הנורמטיבי של זכות להישכח לפי UN Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 7 ("Respect for private and family life"), שלא מכוונת לעיבוד של מידע אישי, אלא מתיישבת עם ביטוי כפעולת תקשורת ולכן לא מפרידה את גוגל מהאתר. אולם אציין כי הפרדה זו יכולה להביא לאיזון בין זכויות שיתאים לעידן הדיגיטלי. ראו Balkin, *Algorithmic Society*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1202 (מציין שלדרוש מהעיתון להסיר את הסיפורים מהאתר זו התערבות של ממש בחופש העיתונות ואילו שימוש במתווכים להסרת קישורים נתפס כערפול ופחות כצנזורה). ראו גם HARTZOG, *PRIVACY'S BLUEPRINT*, לעיל ה"ש 123, בעמ' 80.

¹⁶⁷ ראו Post, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1010–1017, המציין כי פסק הדין מתמקד ברציונל האינסטרומנטלי של שליטה במידע, אולם חלק מההנמקה נסמכת על אדנים של פרטיות דיגניטרית. ראו לדוגמה עניין *Google-Spain*, לעיל ה"ש 134, פס' 98–99. נראה כי אף שהזכות להישכח נובעת מדירקטיבה להגנת מידע, היא יכולה להתאים גם להגנה על נזקים דיגניטריים.

¹⁶⁸ ראו Jones, לעיל ה"ש 136, בעמ' 42; Lee, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1034.

¹⁶⁹ Michael J. Kelly & David Satola, *The Right to be Forgotten*, ILL. L. REV. 1, 17 (2017).

¹⁷⁰ Lee, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1045, מפנה ל-*UC Data Prot. Working Party, art. 29: Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez"* C-131-12, at 3, 9, 14/EN WP 225 (Nov. 26, 2014), available at bit.ly/2P6Kem4. להנחיות אלו אין תוקף מחייב, אולם הן מצביעות על הדרך שבה הדין יפעל ויפורש בידי הרשויות. ראו בהקשר משיק

המותירים למנועי החיפוש מתחם שיקול דעת רחב כיצד לשקללם ולהחילם על בקשות הזכות להישכח.¹⁷¹

פסק הדין בעניין *Google Spain* מתייחס רק להסרת קישורים (The right to be delisted) ואינו מטיל חובה למחיקה מוחלטת של המידע שעדיין נמצא באתר.¹⁷² זכות זו אף לא תביא למחיקת מידע ממרשם ציבורי.¹⁷³ אולם אף שהזכות להישכח אינה אבסולוטית, ההסדרה החדשה באיחוד האירופי, שנכנסה לתוקף לאחרונה, יכולה להכפיף את ה"שולטים במידע" לחובה רחבה יותר.¹⁷⁴ לכאורה הסדרה זו יכולה לחול גם על אתרי האינטרנט,¹⁷⁵ אולם נראה כי תפורש לאור פסק הדין *Google Spain*.¹⁷⁶ אסכם כי הזכות להישכח באיחוד האירופי רחבה וחלה על כל סוגי המבוישים שנסקרו. אולם היא מותירה עמימות ומצריכה קווים מנחים ופרשנות במנועי החיפוש ובבתי המשפט.¹⁷⁷

Margot E. Kaminski, *The Right to Explanation, Explained*, 34 BERKELEY TECH. L.J. (forthcoming, 2019), available at bit.ly/2P6sqj.

171 לפי הקווים המנחים שהותוו לבחינת בקשות להסרת קישורים, על מנוע החיפוש לבחון אם המידע מתקשר לאדם טבעי או לתאגיד; אם אותו אדם הוא דמות ציבורית; אם הוא קטין; אם המידע מדויק; אם המידע רלוונטי (אם הוא קשור לעבודתו של אדם, ואם כולל ביטויי שנאה או לשון הרע); אם ברור שהמידע הוא הבעת דעה; אם המידע מעודכן; אם השפעתו על מושא המידע פרופורציונלית; אם הקישור למידע מותיר את מושא המידע בסיכון; אם התוכן הופץ למטרות עיתונאיות; אם הייתה חובה לפרסמו; אם המידע קשור לעבירה פלילית.

172 ראו Peguera, לעיל ה"ש 164, בעמ' 557–558, JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 94. כן ראו Balkin, *Algorithmic Society*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1202.

173 Case C-398/15 *Artigianato e Agricoltura de Lecce v. Salvatore Manni*, 2017 ECLI 197 Regulation (EU) 2016/679 Of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Council Directive 95/46 (EC) (General Data Protection Regulation (2012) (GDPR) (JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 10).

175 Peguera, לעיל ה"ש 164, בעמ' 557, מסביר כי ב-GDPR נכללת הוראה ספציפית – Article 17 – שכותרתה "Right to erasure ('right to be forgotten')". ההוראה אינה מתייחסת ישירות למנועי חיפוש אלא קובעת זכות כללית שתאפשר להביא למחיקת מידע וכפתה על "השולט במידע" חובות למחוק מידע מהאינטרנט בנסיבות מסוימות. כך ה"שולטים במידע" יכולים להיות מחויבים למחוק לחלוטין מידע שקרי או לא רלוונטי. ראו גם Lilian Edwards & Michael Veale, *Slave to the Algorithm? Why A "Right to an Explanation" is Probably not the Remedy you are Looking for*, 16 DUKE L. & TECH. REV. 18, 68 (2017).

176 עניין *Google Spain*, לעיל ה"ש 134. להרחבה ראו Post, לעיל ה"ש 28, בעמ' 986–987 (מציין כי ההסדרה החדשה בנושא הסדרת מידע ממוקדת בהגנת מידע ולא בפרטיות, ולפיכך נראה כי הפרשנות של סעיף 17 להסדרה החדשה תהיה לאור פסק הדין *Google Spain* ולא תביא למחיקה מהאתרים). ראו גם Chris J. Hoofnagle, Bart van der Sloot & Frederik Z. Borgesius, *The European Union General Data Protection Regulation: What it is and What it Means* (U. C. Berkeley Public Law, Research Paper, 2018). עם זאת, הזכות תוכל לאפשר במקרים מסוימים מחיקה של מידע שנשמר על גבי השרתים. ראו Alexander Tsesis, *Data Subjects' Privacy Rights: Regulation of Personal Data Retention and Erasure*, 90 COLORADO L. REV. 593, 602 (2019).

177 Lee, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1045.

(ב) ארצות הברית

הדין האמריקני מקנה הגנה נרחבת לביטוי על כל גווניו, והאיזון בין חופש הביטוי לערכים מתחרים נוטה לטובת חופש הביטוי, בייחוד במרחב המקוון.¹⁷⁸ הדין התייחס מפורשות לאחריות המתווך. תיקון לחוק המהוגנות בתקשורת ב-1996 (CDA) הקנה בסעיף 230 חסינות למתווך מאחריות לעוולות אזרחיות,¹⁷⁹ למעט הפרת דיני קניין רוחני.¹⁸⁰ החוק אינו חל על עבירות פליליות לפי חוקים פדרליים, אולם מקנה חסינות מאחריות לעבירות שבחקיקה מדינתית.¹⁸¹ הרציונל שמאחורי החסינות הוא מניעת אפקט מצנן על השיח וקידום השימוש באינטרנט ובשירותי מחשב אינטראקטיביים, כמו גם שימור השוק החופשי התחרותי. רציונל נוסף הוא לקדם דינמיקת "שומרונות טוב" בקרב מתווכי התכנים מתוך אמונה כי החסינות תעודד סינון ביטויים מזיקים ללא חשש מהטלת אחריות במקום שבו פעולות הבקרה לא צלחו.¹⁸²

סעיף 230 האמור זכה לדיונים מרובים לאחר חקיקתו. בתי המשפט הדגישו את חשיבותו לשמירה על חופש הביטוי ופירשו אותו בהרחבה.¹⁸³ למשל, בתי המשפט העניקו הגנה גם למתווך שהפעיל מנגנון בקרה וסינון ולמרות זאת השיח כלל תכנים פוגעניים.¹⁸⁴

178 לעניין ההגנה המורחבת המוקנית לחופש הביטוי בארצות הברית במרחב המקוון ביחס להגנה מחוץ לאינטרנט וביחס להיקף ההגנה באירופה ראו Oreste Pollicino & Marco Bassini, *Free Speech, Defamation and the Limits to Freedom of Expression in the EU: A Comparative Analysis*, in RESEARCH HANDBOOK ON EU INTERNET LAW 508 (Andrej Savin & Jan Trzaskowski eds., 2014). יצוין כי גם הסטנדרטים בארצות הברית באשר להגנת הפרטיות המתמקדים בסקטורים מסוימים של מידע נמוכים ביחס לדין האירופי. ראו Rustad & Kulevska, לעיל ה"ש 28, בעמ' 386.

179 47 U.S.C. § 230. הסעיף נחקק בעקבות עניין Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co., 63 U.S.L.W 2765 (N.Y. Sup. Ct. 1995), שבו הוטלה אחריות על מתווך שבחר לסנן תכנים וולונטרית. החוק נחקק בעקבות ביקורת על תוצאת פסק הדין. ראו CITRON, HATE CRIMES, לעיל ה"ש 95, בעמ' 173–168.

180 דין שונה חל באשר לאחריות המתווך להפרות זכויות יוצרים. ראו Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 304–105§. 512, 112, 2877, 2860 (1998).

181 לעניין זה הוצעו הצעות לצמצם את תחולת סעיף 230 ולהוציא מגדרו חוקים מדינתיים פליליים. לביקורת על הצעה זו ראו Eric Goldman, *The Implications of Excluding State Crimes from 47 U.S.C. § 230's Immunity* (Santa Clara University, Legal Studies Research Paper No. 23-13 (2013)).

182 כך מתווך יכול לסנן, למחוק או לחסום תוכני משתמשים, מבלי לנמק, לפי שיקול דעתו. ראו Sikhs for Justice "SFJ", Inc. v. Facebook, Inc., 114 F.Supp 3d 1088 (N.D. Cal. 2015).

183 מתווכים נמצאו פטורים מאחריות לאירוח תכנים מזיקים. ראו Ricci v. Teamsters Union Local, 781 F.3d 25 (2nd Cir. 2015); GoDaddy.com, LLC, Inc. v. Toups, 429 S. W.3d 752 (Tex. Ct. App., 2014); Dowbenko v. Google Inc., 582 Fed. Appx. 801 (11th Cir. 2014).

184 Gains v. Romkey, No. 11-0594, 2013 IL App. 110594-U (Ill. App. Ct. 2012); Hupp v. Freedom Communications, Inc., 221 Cal. App. 4th 398 (2013). החסינות הוחלה גם על תגובות משתמשים למהדורה מקוונת של עיתון על אף פיקוח על התגובות מצד המתווך. פסיקה זו עולה בקנה אחד עם מטרות החוק ומתקנת הלכה למעשה את הפסיקה בעניין Prodigy, לעיל ה"ש 179. כך ראו Obado v. Magedson, No. 14-3584, 612 Fed. Appx. 90 (3d Cir. 2015); Obado v. Magedson, 2014 W.L. 3778261 (D. N.J., 2014) (§230: "immunity extends to the service provider's decisions about how to treat potentially objectionable material").

כמו כן לא הוטלה אחריות על מתווך שלא הסיר תכנים משמיצים לאחר שקיבל הודעה על אודותיהם;¹⁸⁵ בית המשפט הבהיר כי סעיף 230 פוטר את המתווך גם מאחריות כמפיץ ולא רק כמוציא לאור.¹⁸⁶ בארצות הברית אין זכות להישכח מתוצאות החיפוש, למעט דוגמאות מעטות בחקיקה מדינתית בעיקר בנוגע למחיקת מידע על קטינים.¹⁸⁷ ככלל, הדין האמריקני אינו מסייע למבווישים השונים להביא למחיקת הקישורים עליהם ממנועי החיפוש כאשר המידע אינו רלוונטי,¹⁸⁸ הוא אף אינו מאפשר זכות להישכח לאחר שעבירה מתיישנת, והתיעוד שלה נמחק מהמרשם הפלילי.¹⁸⁹ ואינו מאפשר להישכח אף במקרים שבהם הביוש "רע" וכולל מידע שקרי.

מלומדים קראו לצמצום החסינות בכללותה¹⁹⁰ או למצער לשינוי שיאפשר זכות מוגבלת להישכח בתוך כדי החלת מבחנים גמישים ואיזון בין אינטרסים וערכים.¹⁹¹ אחרים הציעו הצעות ספציפיות למחיקת קישורים ממנועי החיפוש בנוגע לפרטים שהדין מאפשר למחוק ממרשם פלילי או מרשם בעלי חוב לפי דין או במקרים מסוימים של ביוש "רע" כמו הפצת תמונות אינטימיות ללא הסכמה.¹⁹² אולם נכון להיום, אין בארצות הברית זכות להישכח ממנועי החיפוש, וכל סוגי הביוש נחרטים בזיכרון הדיגיטלי.

185 Zeran v. Am. Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); Caraccioli v. Facebook, Inc., 167 F.Supp. 3d 1056 (N.D. Cal., 2016); Caraccioli v. Facebook, Inc No. 16-15610, 700 Fed. Appx. 588 (9th Cir. 2017)

186 עניין Zeran, לעיל ה"ש 185, בעמ' 333, בפסק הדין השופט וילקינסון פירש את סעיף 230 פרשנות מרחיבה, שלפיה החסינות כוללת גם אחריות כמפיץ ולא רק כמוציא לאור.

187 ראו Google, Inc. v. Expunction Order, 441 S.W.3d 644, 647 (Tex. App. 2014); Garcia v. Google, Inc., 786 F.3d 733, 745–746 (2015); Nelson v. Commissioner of Social Security, 2017 W.L. 1314118 (E.D.N.Y., 2017). כן ראו Yeager v. Innovus (ND Ill Feb. 5, 2019). חקיקה הכירה בזכות להישכח בהקשרים פרטיקולריים, לדוגמה בהקשר של תכנים שפרסם אדם בהיותו קטין העבירה מדינת קליפורניה חוק שזיהה זכות מוגבלת להישכח. אולם החוק חל רק על תוכן שאדם פרסם על עצמו בהיותו קטין ואף לא חל על תוכני צדדים שלישיים. ראו Senate Bill No. 568, 1 S.B. 568, Jones, 380; בעמ' 28, לעיל ה"ש 169, Rustad & Kulevska; 2013 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2013) ה"ש 90, בעמ' 68; Kelly & Satola, לעיל ה"ש 169, בעמ' 45. הרצוג מציין שהחוק הביא לשיפור בעיצוב פלטפורמות אינטרנטיות והטמעת כפתור מחיקה לקטינים (ראו HARTZOG, PRIVACY'S BLUPRINT, לעיל ה"ש 123, בעמ' 79).

188 Martin v. Hearst Corp., 777 F. 3d 546, 553 (2d Cir. 2015) (שם הותרו על כנם קישורים לדיווח על מעצר שלא התגבש לכתב אישום. נקבע כי הקורא הסביר יודע שאישומים רבים אינם מתגבשים נגד פרטים שדווח על מעצרו, ואין חובה לספק עדכון שהאישום לא התגבש או למחוק את הדברים).

189 Jones, לעיל ה"ש 90, בעמ' 64–67.

190 ראו Danielle K. Citron & Benjamin Wittes, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans § 230 Immunity*, 86 FORDHAM L. REV. 401 (2017) (מציעים להחיל את החסינות באשר לצמצום את החסינות למתווכים שנוהגים כשומרוני טוב אף אם התרשלו ולא להחילה על למתווכים שאינם מטפלים בהסרת תכנים פוגעניים אף שהם מודעים להם).

191 Tutt, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1158; Jones, לעיל ה"ש 90, בעמ' 164.

192 Antani, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1210; Pasquale, *Reforming*, לעיל ה"ש 143, בעמ' 537.

(ג) ישראל

המסגרת ל"שכחה" בישראל טרם הוסדרה בחקיקה מפורשת. לעניין זה הוצעו כמה הצעות חוק שמטרתן להביא להסרת תכנים פוגעניים.¹⁹³ הצעת חוק מסחר אלקטרוני התייחסה לאתרי האינטרנט (ספקי אירוח) ולספקי אחסון וגישה (ISP) ולא למנועי חיפוש.¹⁹⁴ במסגרתה אומצה גרסה של משטר "הודעה והסרה", שלפיה למתווך יוענק פטור מאחריות אם מילא חובותיו לטפל בתלונות על תוכני לשון הרע בפלטפורמה. המתווך לא יהא חשוף לאחריות בגין אי-סינון תכנים מזיקים מיוזמתו. אולם מתווך שלא טיפל בתלונה לאחר שקיבל הודעה בנוגע לה יחויב באחריות אם ייקבע כי התכנים הם לשון הרע.¹⁹⁵ בדומה לזה הוגשה הצעה לתיקון חוק איסור לשון הרע המבקשת לתקן את סעיף 11 לחוק שיכלול בהגדרת "אמצעי תקשורת" את אתרי האינטרנט והרשתות החברתיות.¹⁹⁶ גם הצעה זו אינה כוללת את מנועי החיפוש. ההצעות לא השתכללו לכדי חקיקה, אולם בתי משפט רבים אימצו את נוהל הודעה והסרה ופטרו את המתווך מאחריות אם הסיר את התכנים לאחר שקיבל הודעה עליהם.¹⁹⁷ פסיקת בתי משפט אימצה את נוהל הודעה והסרה גם כאשר למנועי החיפוש אף שלא נכללו מפורשות בהצעות החקיקה.¹⁹⁸

193 אתמקד בהצעות שמטרתן להביא למחיקת המידע בשל פגיעה בכבוד המבויש ובפרטיותו. נוסף על ההצעות שייסקרו הוצעו הצעות שמטרתן להתמודד עם פרסומים המהווים עבירה והתמזגו להצעה אחת. ראו הצעת החוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן), התשע"ח–2018, ה"ח הממשלה 1104 (שנועדה להתמודד עם טרור והסתה ולעת עתה הוסרה מסדר היום של הכנסת). ראו אורי ברקוביץ' "נתיניהו הורה לעצור את חוק הפייסבוק – מסכן את חופש הביטוי" גלובס – טק (18.7.2018) bit.ly/2P62NqJ. כמו כן, לאחרונה אושר בכנסת גם חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז–2017. החוק מקנה סמכות לבתי המשפט להורות לספקיות שירות, אחסון ומנועי חיפוש לחסום גישה לאתרי אינטרנט המשמשים לביצוע עבירות, להסיר אתרים אלה מהשרתים או להגביל הגישה אליהם בהסרתם מתוצאות מנועי החיפוש. מטרת הצעות אלו שונות והן חורגות מיריעת המאמר.

194 ראו ס' 10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני (לעיל ה"ש 130), אשר לא השתכללה לכדי חקיקה מחייבת.
195 להרחבה בעניין משטר זה ראו טל ד'רסקי ומיכל לביא "שומרים על קשר: הצעה למודל חדש לאחריות מתווכים מקוונים" משפטים מג 631, 645–646 (2013).

196 ראו הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – פרסום לשון הרע ברשת האינטרנט), התשע"ה–2015, פ/1363/20 (התיקון מבקש לאפשר למתווך המקוון ליהנות מהגנה אם לא ידע על הפרסום המשמין והסיר אותו מייד לאחר פניית הנפגע או מי מטעמו).

197 להרחבה על פסיקה בנוגע למנגנון הודעה והסרה ראו ד'רסקי ולביא, לעיל ה"ש 195, בעמ' 643–646. יצוין כי אם המתווך לא הסיר את התכנים, הוא עדיין יכול להיות פטור מאחריות אם יקבע בית המשפט כי אין מדובר בתכנים פוגעניים. ראו לדוגמה ת"א (שלום ת"א) 26288-05-12 קופל נ' YOUTUBE LLC (פורסם בנבו, 26.6.2016) והשוו ע"א (מחוזי ת"א) 44711-11-14 סביר נ' בר נוי (פורסם בנבו, 22.6.2015) (להלן: עניין סביר – מחוזי), שם נפסקו פיצויים למנוע חיפוש שלא ציית לנוהל הודעה והסרה, כאשר לא הסיר קישור ואי-הנכונות הייתה ברורה על פני הדברים.

198 ראו שם (פסק דין זה מאמץ למעשה את נוהל הודעה והסרה כאשר למנועי החיפוש). ראו גם ת"א (שלום ת"א) 18796-07-16 בר און נ' שם טוב (פורסם בנבו, 25.6.2017) (בעניין זה מתווך החיפוש לא פעל לפי נוהל הודעה והסרה ולא הסיר קישור לפרסומים מכפישים קשים, בית המשפט הורה על סעד זמני של הסרה עד לבירור התביעה. אף שמדובר בסעד זמני, גם מפסק דין זה אפשר ללמוד על נכונות בתי המשפט להחיל על מנועי החיפוש נורמות דומות לאלו שהם מחילים על אתרים).

שאלת הסרת קישורים לתוצאות חיפוש שהן לשון הרע נדונה ישירות בעניין סביר נ' בר נוי, שם עמדה לדיון אחריות מנוע החיפוש של גוגל בגין אי-הסרת תוצאות חיפוש שהן לשון הרע שנוצרו בשל האופן שבו מפעיל האתר הגדיר את התכנים על הנתבע במסגרת הקוד הטכני.¹⁹⁹ גם מתווך התוכן נתבע בשל אי-הסרת הדברים במקור או אי-שינוי הקוד הטכני. בגלגולו הראשון חויב מתווך התוכן באחריות, אך מנוע החיפוש נמצא פטור.²⁰⁰ בערעור נקבע כי מנוע חיפוש צריך להסיר תוצאת חיפוש עוולתית כאשר אין ספק שתוצאת החיפוש שגויה.²⁰¹ אם קיים ספק בנכונות הפרסום הוא רשאי להמתין לצו שיפוטי שיקבע שעליו להתערב. בית משפט קבע כי אין ליצור הבחנה בין בעל אתר לבין מנוע החיפוש,²⁰² אימץ את מנגנון הודעה והסרה והגביל אותו לתכנים המהווים עוולה. בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה.²⁰³

באשר לזכות כללית להישכח הועלתה הצעת חוק לאפשר לנפגע ממידע שפורסם על אודותיו לפנות לבית המשפט בבקשה להורות למנוע החיפוש להסיר קישורים לאזכורים אלו.²⁰⁴ נוסף על זה הוצעה הצעת חוק שמטרתה לאפשר לקטינים להסיר מידע עליהם מהרשת אף אם פרסומם אינו הפרת דין. ההצעה אף מטילה סנקצייה של קנס על חברות שלא יסירו את התכנים בעקבות הבקשה מטעמים לא ענייניים.²⁰⁵ ההצעות לא השתכללו לחקיקה.

אסכם כי נכון להיום הגישה הנוהגת בארץ היא גישת ביניים, אין זכות כללית להישכח, אולם נראה כי ברוב המקרים של ביוש "רע" שעולה כדי עוולה או עבירה יוכל המבוש לבקש הסרה הן ממתווכי התוכן והן ממתווכי החיפוש.

199 לקוד הטכני מצורפים מטה-תגיות שמסייעות למנועי החיפוש לאנדקס את תוכני האתר. להגדרת מטה-דטה ראו Paula Kift & Helen Nissenbaum, *Metadata in Context – An Ontological and Normative Analysis of the NSA's Bulk Telephony Metadata Collection Program*, 13 ISJLP 333, 336 (2017).

200 ת"א (שלום ת"א) 49918-05-12 סביר נ' בר נוי (פורסם בנבו, 23.9.2014). פסק הדין קבע כי: "אין לקבוע מסמרות בעניין ולקבוע נחרצות כי כל אימת שפלוגי פונה לגוגל להסיר תוצאת חיפוש כלשהי שאיננה לרוחו, יהיה עליה להסירו ללא כל תנאי, אפילו אם אותו ביטוי נוצר ופורסם בידי צד שלישי ולא על ידה" (פס' 70 לפסק הדין).

201 עניין סביר – מחוזי, לעיל ה"ש 197, פס' 16 לפסק הדין.

202 שם, פס' 16 לפסק הדין (בית המשפט התמקד בהסרת תכנים עוולתיים ולא יצר זכות גורפת להישכח).

203 ראו רע"א 4673/15 בר נוי נ' סביר (פורסם בנבו, 8.3.2016).

204 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ד–2014, פ/2648/19, קובעת בס' 17 יג(א) כי: "הזכות להנחת דעתו של בית המשפט כי מוצדק בנסיבות העניין להסיר את המידע האישי שלגביו הוגשה בקשה להסרת מידע אישי לפי סעיף 17 רשאי הוא להורות למפעיל מנוע החיפוש להסיר את המידע האמור". הצעה זו מאפשרת להסיר גם קישורים לתכנים שהם אמת. בכנסת העשרים חברת הכנסת לשעבר מירב בן ארי העלתה אף היא הצעה לזכות להישכח. ראו גם הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ז–2017, פ/3867/20.

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

4. חושבים מחדש על סעד לנזקים דיגיטריים לאור מאפייני הפצת מידע בעידן הדיגיטלי

הפצת מידע בעידן הדיגיטלי נושאת מאפיינים שונים מהפצה אנלוגית. טכנולוגיות שינו את האיוונים בין חופש לשליטה, הקלו את הפצת המידע, את שימורו ונגישותו. ראשית, טכנולוגיות מסירות חסמים להפצת ביטוי. הן מאפשרות לכל אחד המחובר לאינטרנט להפיץ מידע ולשתף בו בקלות ובמיידיות, בהיקף נרחב וכמעט ללא עלות.²⁰⁶

שנית, טכנולוגיות מאפשרות השפעות על הקשר סביבת המידע והדינמיקות החברתיות שבמסגרתה. הן מגלמות פוטנציאל חיובי, אך האופן שבו שימושים טכנולוגיים מבנים סביבות מידע מביא לעיתים להגברת תוחלת נזקים דיגיטריים של הפצת תכנים על פרט. למשל, פלטפורמות שונות המעודדות פיזור מידע הממוקד בפרטים מסוימים,²⁰⁷ פלטפורמות המאפשרות לתייג פרטים²⁰⁸ וטכנולוגיות לזיהוי פנים המאפשרות לזהות את המצולמים בתמונות בשמם, יכולות להגביר לאין ערוך נזקי הפצת מידע על הפרט.²⁰⁹

שלישית, בשל הטכנולוגיה שבבסיס האינטרנט המידע המופץ בו לא יישכח במהרה. מנועי החיפוש מקטלגים את רוב תוכני הרשת, ניתן לאתרם מייד, והמידע הופך לבר-חיפוש.²¹⁰ במקרים רבים ניתן לאתר שנים לאחר שהופץ, ותוצאות הפצת הביטוי לרוב אינן הפיכות.²¹¹

מאפייני הסביבה הדיגיטלית מאתגרים זכויות יסוד ותיקות. קלות הפצת מידע בידי הכלל והיקף ההפצה, הקלת זיהוי מושא המידע, שימור הביטוי המופץ ברשת והיכולת לאתר מצריכים דיון מחודש בנוגע להגנה על אינטרסים דיגיטריים של נפגעים מהפצת מידע שמציגם באור שלילי בעיני החברה. השלכות העידן הדיגיטלי יכולות להצדיק הכרה בקטגוריות חדשות של אינטרסים מוגנים שאינם נכללים בקטגוריות המשפטיות המסורתיות של דיני לשון הרע, דיני הפרטיות והדין הפלילי.

הכרה משפטית בנזק דיגיטרי שאינו תוצאה של פגיעה בניגוד לחוק תאפשר פיתוח קטגוריות חדשות של סעדים לנזק דיגיטרי שנגרם, או מוגבר, ממאפייני הסביבה

206 הטבע הגלובלי, זמינות תקשורת האינטרנט בכל מקום וזמן, במכשירים הניידים, בטלפונים חכמים וברשתות חברתיות, קלות הפצת מידע בפלטפורמות ובין פלטפורמות בלחיצת כפתור והאינטראקטיביות המאפיינת את התקשורת, הובילו לשינוי יחסי הכוחות כשמדובר בהפצת מידע בתקשורת לא מקוונת.

207 Omer Tene, *Privacy Law's Midlife Crisis: A Critical Assessment of the Second Wave of Global Privacy Laws*, 74 OHIO ST. L.J. 1217, 1249 (2013).

208 SUNSTEIN, #REPUBLIC, לעיל ה"ש 12, בעמ' 4 (מתייחס לכך שתיוג מקל איתור מידע בשלב מאוחר יותר).

209 ראו לעיל ה"ש 29 והטקסט הצמוד אליה. לדוגמה, השימוש בטכנולוגיות אלו בסין. ראו Paul Mozur, *Inside China's Dystopian Dreams: A.I., Shame and Lots of Cameras*, N.Y Times (July 8, 2018) nyti.ms/2GjYfdn.

210 בשונה ממידע המופץ במדיה המודפסת, ביטויים שהובעו באינטרנט אינם נשכחים במהרה, והטכנולוגיה הופכת את העבר להווה בקלות. ראו MOROZOV, לעיל ה"ש 16, בעמ' 279–280. כן ראו Solove, *Speech*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 15–19, BOYD, לעיל ה"ש 16, בעמ' 11 (התייחסה להתמשכות ונראות השיח וליכולת החיפוש).

211 Tutt, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1153–1155.

הדיגיטלית והשינויים שהיא מכתיבה. זאת אף אם המעשה שבגינו נגרם הנזק לא נאסר על פי דין, והוא אינו עוולה או עבירה לכתחילה. סעדים מסוג זה יפעלו ברובד הראשון של הפגיעה הדיגיטרית. הם לא ישללו פעולות חקירה וענישה, פסיקת פיצוי או הענקת כל סעד משפטי אחר בידי מערכת המשפט, כאשר הנזק הדיגיטרי הוא תוצאה של מעשה שמגיע לסף המסורתי להתערבות משפטית ועולה כדי עבירה או עוולה. הם אף לא ישללו שימוש בכלים חוץ-משפטיים וסעדים עצמיים. אולם החלתם לא תותנה באשם או בביצוע מעשה המנוגד לחוק. הכרה בסעדים מסוג זה תאפשר אפוא להעניק תרופה יחסית לנפגע מהפצת מידע בעידן הדיגיטלי אף כאשר הדין המסורתי אינו מאפשר לו כל תרופה.

הרעיון להכיר בסעדים נוספים לפגיעה דיגיטרית בסביבה הדיגיטלית נדון בספרות בהקשר משיק לזכות להישכח. לאחרונה נטען כי על המשפט להכיר בהשלכות דיגיטריות של איסוף מידע, ניתוחו ושימוש באלגוריתמים לקבלת החלטות בנוגע לפרט שיכולות לכבול אותו לפעולות שביצע בעבר, לפגוע בהזדמנויות ולפגוע בזכותו להתפתחות עתידית.²¹² במאמר חדשני הציע פרופסור בלקין להתאים את דיני האמון ודיני הנזיקין לסביבה הדיגיטלית כדי לאפשר תרופה למשתמשים ולצדדים שלישיים הנפגעים משימוש במידע עליהם.²¹³

בדומה לזה, היכולת להפיץ מידע ברובד הנראה לכלל והאפשרויות הנרחבות לאתרו מצריכות אף הן חשיבה מחדש על פגיעת נזקים דיגיטריים של ביוש פומבי. פגיעה זו יכולה להצדיק במקרים מסוימים זכות להישכח וסעד של הסרת קישורים ממנועי חיפוש. הכרה בסעד האמור, גם כאשר הפרסום המקורי אינו עוולה או עבירה, מתיישבת עם עקרונות דיני לשון הרע, מאחר שגם מידע שהיה נכון בזמן פרסומו יכול שלא לשקף את המציאות כאשר הוא נותר נגיש לאחר שנים ולהשפיל ולבזות אדם בעיני הבריות.²¹⁴ מידע זה למעשה מוצא מהקשרו בחיפוש מאוחרים יותר של שמו של המבוש²¹⁵ והופך לעוולת ביטוי בחלוף הזמן, והוא עלול אפוא לגרום לנזק כבד לשמו הטוב של אדם.

כפי שהראיתי, כיום אין משתמשים בכלים מספקים להתמודדות עם נזקים אלו, ורוב הכלים המצויים מתמקדים בביוש "רע", או שאינם יעילים ומגלמים חסרונות רבים. אימון הזכות להישכח יאפשר סעד שיהיה קו ראשון להתמודדות עם נזקי הביוש בסביבה הדיגיטלית.

212 ראו ZUBOFF, לעיל ה"ש 148, בעמ' 329 (מתייחסת להשלכות איסוף מידע על הפרט על זכותו להתפתחות עתידית ("the right to future tense")). כן ראו Balkin, *Algorithmic Society*, לעיל ה"ש 43.

213 ראו שם, מתייחס לפעולות המתוכננים באיסוף מידע, ניתוחו ויצירת מניפולציה כהפרת נאמנות במידע כלפי המשתמש ואף מציע להחיל את עוולת המטרד כלפי צדדים שלישיים שנאסף מידע אודותיהם. יצוין כי לאחרונה הוטל ספק באשר לכוחן של חובות נאמנות במידע בהקלת נזקים חדשים הנובעים מהסביבה הדיגיטלית, ונמתחה ביקורת אף על ישימות פתרון זה ועל היכולת לאכוף אותו. ראו Lina M. Khan & David E. Pozen, *A Skeptical View of Information Fiduciaries*, 133 HARV. L. REV. (forthcoming, 2019).

214 JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 149.

215 בהקשר משיק של הפצה משנית במרחב המקוון הצעתי כי גם דברים שאינם לשון הרע יכולים להפוך ללשון הרע בתנאים מסוימים של הפצה (הפצה סלקטיבית, הוספת כותרות לתכנים) בדומה לזה גם מידע ישן אינו רלוונטי ומוצא מהקשר. מידע זה עלול בנסיבות מסוימות להפוך ללשון הרע. ראו לביא "הוצאה מהקשר". כן ראו עניין יצחק, לעיל ה"ש 41. הוצאה מהקשר כאמור יכולה להתרחש גם במרחב הזמן.

5. ניתוח נורמטיבי: הצדקות וטיעוני נגד לזכות להישכח מתוצאות החיפוש

תוצאות החיפוש חשובות לתרבות, לעסקים ולחברה. כל החלטה בנוגע למנועי החיפוש מעוררת שאלות מדיניות.²¹⁶ בחלק זה אערוך ניתוח נורמטיבי בשאלת הזכות להביא להסרת קישורים לביוש "האנשים הרגילים" מתוצאות החיפוש.²¹⁷

הצדקה מרכזית לזכות להישכח היא שינוי האיזון בין זיכרון לשכחה בעידן הדיגיטלי. העידן האנלוגי אפשר למבוש להישכח מלב, ולעומת זאת בעידן הדיגיטלי המבוש יכול לשאת את תוצאות הביוש, לעיתים שנים רבות לאחר שהתרחש. שינוי זה מעמיד בסימן שאלה את תקפותם של הרציונלים שבשכח הביוש בעידן האנלוגי, לכתחילה או לאחר תקופה.²¹⁸

הרציונלים לביוש "טוב" יכולים להתפוגג. פעמים רבות בחלוף הזמן כבר מימש הביוש את מטרתו, ולכן כאשר המבוש ציית לצו המשפטי, הנורמה נאכפה והושגה גם הרתעה כללית. ברוב המקרים לא צודק ולא יעיל להמשיך בביוש, למעט במקרים שבהם קיים אינטרס ציבורי חזק במידע.²¹⁹ למרות זאת פעמים רבות הדברים ממשיכים להופיע בראש תוצאות החיפוש ויוענק להם משקל. ביוש "רע" אינו מקדם את יתרונות הביוש לכתחילה כאשר מדובר בשמועות שקריות או בהפצת תמונות אינטימיות ללא הסכמה. ביוש אשר יצא מהקשרו והפך ללשון הרע או התפתח להטרדה, חדל לקדם את מטרותיו מהנקודה שבה הפך ללשון הרע או יצא משליטה.²²⁰ גם כאשר ל"ביוש המכוער" הרציונלים יכולים לאבד מתוקפם. הביוש ממלא את מטרתו בתקופה הסמוכה לביוש. אולם הוא עלול להביא לפגיעה לא מידתית כאשר הוא נמשך.²²¹

איזון מחודש בין זיכרון לשכחה אף עשוי לצמצם פערים חברתיים בין עשירים, אשר יש להם משאבים להביא לערפול המידע באמצעות שירותי ניהול מוניטין ואופטימיזציה,²²² לבין קבוצות אוכלוסייה מוחלשות שאין להן משאבים לשלם עבור שירותים אלו,²²³ והן אף

²¹⁶ James Grimmelmann, *The Google Dilemma*, 53 N.Y. L. L. REV. 939, 941–950 (2008).

²¹⁷ הניתוח יתמקד ב"אנשים הרגילים" ויבדיל אותם מדמויות ציבוריות בדומה להפרדה בסטנדרט האחריות להוכחת לשון הרע בארצות הברית שדרשה זדון ממשי להטלת אחריות על אישי ציבור. ראו New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). גם כאשר למחיקת קישורים ממנועי חיפוש הסטנדרט בעניינם של אישי ציבור צריך להיות מחמיר יותר.

²¹⁸ Tutt, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1154.

²¹⁹ ראו Antani, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1196–1197 (מביע עמדה שלפיה הזכות להישכח אינה צריכה לחול על פשע חמור, כולל עבירות מין והתנהגות אלימה, בשל זכות הציבור לגשת למידע).

²²⁰ עמדתי על כך לעיל בתת-פרק א.3(ב).

²²¹ אעמוד על מימוש מטרות "ביוש המכוער" בסמיכות להתרחשותו ואיבוד הרציונלים לביוש לאחר תקופה בהמשך חלק זה, בתשובה לטיעון השלישי לזכות להישכח. ראו גם SILVERMAN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 82, המסביר כי הפרסום יוצר לביטוי שובל של אחרי החיים לאחר שהסתיים גינוי ההתנהגות, מאחר שגם לאחר שהדיון בביוש מסתיים, הוא מותיר עקבות של מידע ואפשר לאתרו. כך, הוא יכול לעלות בתוצאות החיפוש של מנועי החיפוש ולעיתים גם בחיפושים שונים בפלטפורמה (לדוגמה במקרים שבהם המידע מתויג בהאשטאג).

²²² לדוגמה פרשת אייל גולן, לעיל ה"ש 129.

²²³ RONSON, לעיל ה"ש 8, בפרק 14 (מציין כי שירותים אלו יקרים כאשר הביוש כבר התפשט ברחבי האינטרנט).

מועדות לביוש יותר מהממוצע בשל היותן שונות מהזרם המרכזי בחברה.²²⁴ זכות להסרת קישורים לאחר תקופה מיום הפרסום תצמצם את הפער בין מבושים שהשתמשו בשירותי ניהול מוניטין לאלו שאין להם משאבים לכך ותקדם צדק חלוקתי.²²⁵ מלבד קידום שוויון בין מבושים מרקע חברתי-כלכלי שונה, זכות להישכח לפי דין אף תצמצם שרירותיות ותקדם שוויון בין מבושים ככלל. כיום זיכרון דיגיטלי אינו מציג את כל התמונה אלא אך את האלמנטים שנתפסו בו.²²⁶ בדירוג התכנים במנוע החיפוש תכנים מסוימים מדורגים בעמודים מאוחרים יותר ונשכחים מלב.²²⁷ יתרה מזאת, מידע דיגיטלי יציב פחות מאנלוגי, ושורה של כשלים יכולה למנוע גישה למידע.²²⁸ בפועל 28% מהתכנים באינטרנט אינם נגישים דרך הלינק המקשר אליהם במנועי החיפוש בטווח של שנתיים מפרסומם. חוקרים אף מעריכים כי בתוך 8.5 שנים רוב התכנים לא יהיו נגישים דרך הלינק המקורי.²²⁹ אולם יש מבושים שהמידע עליהם מאותר בתוצאות החיפוש גם לאחר שנים.²³⁰ מציאות טכנולוגית זו פוגעת בשוויון בין מבושים. זכות להישכח יכולה להביא לעקיבות רבה יותר, לצמצום שרירותיות ופערים בין מבושים שזכו לערפול המידע במציאות הטכנולוגית הדיגיטלית לבין פרטים שביושם נותר נגיש בתוצאות החיפוש גם לאחר שנים. כך, הזכות להישכח מצמצמת היעדר שוויון שנוצר מהמציאות הטכנולוגית. לאיזון מחודש בין זיכרון לשכחה באמצעות הסרת קישורים לביוש מתוצאות חיפוש שמו של המבוש יתרונות. מנגד, קיימים טיעונים נגד זכות זו שעומים אבקש להתמודד.

224 Rustad & Koenig, לעיל ה"ש 30.

225 מאחר שגם תהליך של ניהול מוניטין יכול להימשך תקופה עד להצלחתו. לפיכך אם מאפשרים הסרה לאחר תקופה, מצמצמים את הפער בין המשתמשים בשירותים אלו למבושים שאין להם משאבים לכך.

226 Antani, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1205–1206.

227 הסיבות לכך מגוונות: לעיתים דירוג התכנים נמוך משום שמשתמשים ואתרים לא קישרו אליהם ולעיתים בשל הקריטריונים שבבסיס האלגוריתם של מנוע החיפוש. קריטריונים אלו אינם ברורים, וקשה לדעת באיזו מידה הם תלויים בפופולריות התכנים או בשיקולים אחרים. ראו FRANK PASQUALE, THE BLACK BOX SOCIETY – THE SECRET ALGORITHMS THAT CONTROL MONEY AND INFORMATION (2015). כן ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 41.

228 לדוגמה, כבר כיום טעויות של מדיה וחומרה, כשלים בתוכנה ותיעול תקשורת, אסונות טבע, התקפות על תשתיות וכשלים כלכליים וארגונים – כל אלה מביאים לחורים בזיכרון. ראו JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 106.

229 ראו שם, בעמ' 106 מפנה אל Wallace Koehler, *A Longitudinal Study of Web Pages Continued: A Consideration of Documents Persistence* (9:2 Info Research Paper 174 (2004), available at bit.ly/2v4tu5H; Daniel Gomez & Mario J. Silva, *Modelling Information Persistence on the Web*, IN PROC. OF THE 6TH INTE'L CONF. ON WEB ENGINEERING 193 (2006) חוקרים ממרכז ברקמן בהרווארד אף מצאו כי 50% מההפניות באתר בית המשפט העליון בארצות הברית אינם מובילים לתוכן שאליו התכוונו להפנות. ראו Jonathan Zittrain, Kendra Albert & Lawrence Lessig, *Perma: Scoping and Addressing the Problem of Link and Reference Rot in Legal Citations*, 127 HARV. L. REV. FORUM 165 (2014). בשל כך פרויקט של מרכז ברקמן מאפשר לקבע קישור לתוכן לצורכי מחקר וציטוט במאמרים, אולם יש לקבע את הקישור לכתחילה. ראו "דף הבית" אתר פרמה www.perma.cc/manage/create (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019).

230 JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 111.

הטיעון הראשון הוא הפגיעה בחופש הביטוי. בהיבט החירות השלילית, זכות להישכח תפגע בחופש הביטוי של הדובר להתבטא ללא צנזורה ותוביל לאפקט מצנן על ביטוי בכלל ועל ביוש בפרט. בפן החיובי של הזכות לחופש ביטוי, מחיקת קישורים תפגע בזכות הציבור לקבל מידע ולמעשה תיצור "חורים בזיכרון" שמצנזרים את המידע שמשמשים יכולים להגיע אליו. חורים אלו עלולים לפגוע בשלמות התמונה שהאינטרנט מציג ולשנות את תיעוד ההיסטוריה.²³¹ לדוגמה, משתמשים שיחפשו נותן שירות מסוים לא ייחשפו בתגובה לשאלת החיפוש, המבוססת על שמו לביקורת שלילית עליו. הם יכולים למשל להתקשר עם נותני שירות שלא יעשו את עבודתם נאמנה.

היבט נוסף של פגיעה בחופש ביטוי הוא פגיעה בחופש העיתונות כחלק מהמסגרת הכללית המכונסת בזכות לחופש ביטוי.²³² לפי טיעון זה, ראוי להתייחס לאינטרס הציבורי בתוצאות החיפוש בדומה להתייחסות לאינטרס בחופש העיתונות, שהוא ערך נגזר מחופש הביטוי ונוגע לאינטרס הציבורי כולו. מנוע החיפוש גוגל הוא תשתית לספרה הציבורית המודרנית, הוא מאפשר לקוראים לגזור מסקנות על המידע שאותו הוא צובר ומאגדקס, יש לו תפקיד בעיצוב התרבות, ובהיבט זה הוא מבצע תפקיד משני של עיתונות.²³³ מחיקת קישורים תפגע בשימור המידע באינטרנט, בשלמות מבנה התקשורת ובדיון ציבורי מלא.²³⁴ זכות להסרת קישורים אכן יכולה לפגוע בחופש הביטוי בהיבט החירות השלילית והפן החיובי. היא אף עלולה לפגוע באינטרס הציבורי בתוצאות חיפוש כחלק מ"חופש עיתונות". אולם אם זכות זו תהא מוגבלת בהיקפה, פגיעתה בהיבטים האמורים של חופש הביטוי תהא מידתית. למסקנה זו מובילים כמה נימוקים:

ראשית, כאשר הדיון הציבורי הופך להיות פוגעני הוא פעמים רבות דווקא חותר תחת חופש הביטוי של המבוש, אינו משרת שיח ודיון ציבורי ופוגע בדמוקרטיה.²³⁵ חופש הביטוי של הדובר, זכות הציבור לקבל מידע והאינטרס הציבורי בתוצאות חיפוש כחלק

231 להרחבה בדבר הפן החיובי והשלילי של הזכות לחופש הביטוי ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 725–728 (2014); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 447 (2016). לעניין טיעון "חורים בזיכרון" ופגיעה בתיעוד מלא ראו Antani, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1205–1206.

232 להרחבה על היחס בין חופש העיתונות לחופש הביטוי ראו גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895, 984 (2001). פסח ערך דיון ביחס שבין חופש העיתונות לחופש הביטוי ומצא כי חופש העיתונות הוא חלק מהמסגרת הכללית המכונסת בזכות לחופש הביטוי. אולם קיימת אפשרות לקיומו של פער בין דרגת האינטרס הציבורי הכרוך בפעולת העיתונות לבין דרגת האינטרס הציבורי הכרוך בפעולות פרטיות בתחום חופש הביטוי, ותפקידים אלו יכולים להוביל להכרה בחובות ובזכויות.

233 Post, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1044–1050, מציין כי התפקיד המרכזי של העיתונות בדמוקרטיה היא להיות כלב שמירה, אולם יש לה תפקידים משניים בהבניית הספרה הציבורית ויצירת ארכיבים שכוללים חדשות.

234 Post, שם, בעמ' 989, טען כי ראוי להתייחס לאינטרס הציבורי בתוצאות החיפוש כפי שמתייחסים לאינטרס הציבורי בחופש העיתונות. בדומה לזה ראו גם טענות שהעלה ג'ימי ויילס מייסד ויקיפדיה, שלפיהן הזכות לדעת את ההיסטוריה היא זכות יסוד. ראו Sophie Curtis & Alice Philipson, Wikipedia Founder EU's Right to be Forgotten is "Deeply Immoral", THE TELEGRAPH (Aug. 6, 2014) bit.ly/2VIht1E.

235 Post, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1009.

מחופש העיתונות הם ערכים שיש לאזנם אל מול חופש הביטוי של המבוש וכבודו.²³⁶ לנוכח שינוי האיזון בין זיכרון לשכחה בעידן הדיגיטלי, חופש הביטוי של המבוש עלול להיפגע לא מידתית אם הביוש יימשך.²³⁷

באשר לזכות הציבור לקבל מידע וחופש העיתונות בהיבט של צבירת מידע, אציין כי כאשר מדובר ב"אנשים הרגילים", זכות זו חלשה באיזון מהזכות לכבוד ולפרטיות כאשר לאישי ציבור, ידוענים או תאגידים, וגם האינטרס הציבורי במידע קטן יותר.²³⁸ הבחנה בין פרטים לאישי ציבור הוכרה אף ברובד התוכן, ויש מתווכים שמסירים תכנים מביישים בנוגע לאנשים פרטיים וולונטרית.²³⁹ לפיכך במקרים מסוימים, כאשר ב"אנשים רגילים" עסקינן, הסרת קישורים ממנועי החיפוש מיידית, או אחר תקופה, משיבה אל כנו את שיווי המשקל בין זיכרון לשכחה ופגיעה בחופש הביטוי מידתית.

שנית, אף שהמידע בנוגע למבוש נכלל בהגדרת ביטוי גם זמן רב לאחר פרסומו,²⁴⁰ למידע שאינו רלוונטי ומאותר מחוץ להקשר ערך נמוך יותר של ביטוי חופשי, ובאיזון עם כבוד האדם ראוי להעניק משקל גם לממד הזמן, שישליך על היקף ההגנה שתיתן לביטוי.²⁴¹

שלישית, הסרת קישורים ממנועי החיפוש בתגובה לשאלתת חיפוש המבוססת על שמו של אדם מסוים, היא ערפול ששונה ממחיקת התכנים לחלוטין. התכנים נותרים זמינים דרך אתר האינטרנט ואף יכולים להופיע במסגרת שאלתת חיפוש אחרת, שאינה כוללת את שם המבוש. התכנים אף יכולים להמשיך לסייע בביצוע מחקרים ולאפשר ניתוח מידע. הפגיעה

236 כך גם אם האינטרס הציבורי בתוצאות הוא האינטרס בחופש העיתונות, כפי שטוען Post (ראו שם), אינטרסים וזכויות אלו אינם אבסולוטיים, ויש לאזנם אל מול אחרים. ראו Kessler & Pozen, לעיל ה"ש 94.

237 לעניין חופש הביטוי של המבוש ראו לעיל ה"ש 95.

238 Rustad & Kulevska, לעיל ה"ש 28, בעמ' 407. בהקשר דומה לאחרונה ראו גם Klonick, Facebook v. Sullivan, לעיל ה"ש 28 (מתייחסת להסדרת תוכן בידי מתווכי התוכן שצריכה להיות תלויה בהקשר). קלוניק (Klonick), מבחינה בין פעולה בנוגע למידע מזיק על פרט שאינו דמות ציבורית לבין הסדרת תוכן הקשור לדמויות ציבוריות. כאשר לפרטים שאינם דמויות ציבוריות, המתווך מתפקד כבית משפט בהערכת טענות של פרטים בנוגע לביטוי, ויש להעדיף טעויות שמובילות להסרת יתר על פני טעויות בהסדרה שמובילות להסרה בחסר. בשונה מזה, כאשר לדמויות ציבוריות, תפקיד המתווך דומה יותר לתפקיד העיתונות בהערכה אם זהו מידע שכדאי לדווח עליו (newsworthy) ובמצבים אלו יש להעדיף טעות בהסדרה שמאפשרת להותיר תוכן נגיש רב יותר.

239 ראו בסטנדרטים של הקהילה בפייסבוק תחת הכותרת "בריונות והטרדה" נכלל למעשה גם ביוש: "כללי הקהילה" פייסבוק bit.ly/2UeHwvE (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019). לא כל המתווכים נוהגים כך, והגישה של טוויטר להסרה מרוסנת יותר. אולם פייסבוק היא מתווך מרכזי ועורכת איזון זה וולונטרית.

240 ראו Jane Bambauer, Is Data Speech?, 66 STAN. L. REV. 57, 60–61 (2014) (כאשר מידע מקדם את הזכות ליידע את הציבור ולייצור ידע, הוא ביטוי המוגן בחופש הביטוי).

241 JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 157–163, מציגה את עמדתו של ריצ'ארדס, שלפיו מידע נכלל בגדר ביטוי, אך השאלה מהם גבולות ההגנה הראויה לו. ראו NEIL RICHARDS, INTELLECTUAL PRIVACY – RETHINKING DIGITAL LIBERTIES IN THE DIGITAL AGE 82–85 (2015). בנקודה זו גם Bambauer (לעיל ה"ש 240, בעמ' 105) מסכימה כי יהיו מצבים שבהם הסדרה שיש בה כדי להגביל איסוף מידע שמקדם יצירת ידע (ביטוי מוגן) ואת הפצתו תהיה חוקתית.

בחופש הביטוי של הדובר ובזכות הציבור לדעת פחותה אפוא מהסרה מוחלטת.²⁴² לדוגמה, במקרה של אתרי דירוג, חוות הדעת השלילית על המבוש לא תופיע בתוצאות החיפוש. אולם הציבור יוכל להגיע למכלול חוות הדעת בכניסה ישירות לאתר. זכות לערפול שונה ממחיקה. היא יוצרת שביל אמצע בין צנזורה לאנרכיה, ובמקרים מסוימים, כאשר הרציונלים לביוש מאבדים מתוקפם, פגיעתה בחופש הביטוי מידתית.²⁴³

רביעית, כאשר הביוש "רע" וכולל שמועות שקריות ומידע שהוצא מהקשרו, שמירתו בזיכרון מנציחה טעויות. במקרים אלו זכות להישכח אינה יוצרת חורים בזיכרון אשר עלולים לפגוע בתיעוד ההיסטורי.²⁴⁴ אלא מונעת מצג שווא.

הטיעון השני נוגע לחשש מצנזורה משנית בעקבות הפרטת הבירוקרטיה והזיכרון הדיגיטלי, העברת האכיפה למתווך ומעבר למשטר שבו המתווך מושל בביטוי.²⁴⁵ צנזורה משנית עלולה להתרחש כאשר מתווך פרטי מדחיק ביטוי של אחרים כדי להימנע מאחריות שאם לא כן הייתה נכפית בשל ביטוי זה. התוצאה עלולה להיות הסרת יתר של קישורים למידע שיש בו אינטרס ציבורי.²⁴⁶ אשיב לטיעון זה כי אף שהחשש לצנזורה משנית ביתר אינו שולי, המציאות מגלה כי הבעיה חמורה פחות משנראית לכתחילה, מאחר שלצד השיקולים המשפטיים, למנוע החיפוש גם שיקולים כלכליים,²⁴⁷ ובמקרים מסוימים אף מחויבות לחופש הביטוי, והוא ינהג בסלקטיביות בהסרת קישורים.²⁴⁸ לדוגמה, באירופה

242 על ערפול מידע ראו BRUNTON & NISSENBAUM, לעיל ה"ש 123. על אזורים של ערפול כמגדירים מחדש פרטיות בספרה הציבורית בעידן הדיגיטלי ראו Hartzog, *Fallacy*, לעיל ה"ש 25; HARTZOG, PRIVACY'S BLUEPRINT, לעיל ה"ש 123, בעמ' 96 (בהקשר של דיני הפרטיות מציין שאין דיכטומיה בין פרטי לציבורי, ופרטיות היא על הספקטרום של דרגות של ערפול).

243 האיוון שנוצר במצב דברים זה יכול להצדיק את ההפרדה בין אתר האינטרנט להסרת הקישור ממנוע החיפוש. לביקורת על הפרדה זו, ראו Post, לעיל ה"ש 28 (פוסט סבור שההפרדה אינה משרתת את הרציונל האינסטרומנטלי של הזכות להישכח ולא את הרציונל הנורמטיבי).

244 ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 231.

245 על הפרטת הזיכרון הדיגיטלי ראו פסח "משפט דיגיטלי", לעיל ה"ש 150. להרחבה על ממשל המתווכים בביטוי במאה העשרים ואחת והתייחסות לזכות להישכח כדוגמה לממשל זה ראו Balkin, *Algorithmic Society*, לעיל ה"ש 43. צורה זו של ממשל בביטוי מעוררת קושי מאחר שהממשל המחויב לשמירה על זכויות חוקתיות מעביר את הטיפול בביטוי למתווך הפרטי, שאינו מחויב בחובות ציבוריות ויכול להפלות בין תכנים ולהסיר ביטויים שיש בהם אינטרס ציבורי. ראו גם Jack M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, 118 COLUM. L. REV. 2011, 2034 (להלן: Balkin, *Triangle*) (מתייחס בהרחבה להפרטת הבירוקרטיה בבית הספר החדש של ההסדרה ומעבר מהסדרה בינארית של ממשל-דובר להסדרה במודל של משולש הכוללת ממשל-מתווך חיפוש-דובר).

246 Felix T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, 87 NOTRE DAME L. REV. 293, 295-296 (2011).

247 יצוין כי 89% מרווחי גוגל נגזרים מפרסומות ולכן השלכות על החלטותיהם. ראו GOOGLE: DISTRIBUTION OF REVENUE BY SOURCE 2016 (Statista, 2017) bit.ly/2Z5sf4h.

248 בדומה לזה, גם האתרים עצמם לעיתים מסרבים לבקשות הסרה מתוך מחויבות לחופש הביטוי, משיקולים עסקיים ומתוך מחויבות תאגידית, והם אינם פועלים רק משיקולים משפטיים. בצד השני של המטבע, משיקולים כלכליים אתרים מסירים תכנים שעלולים להרחיק מהפלטפורמה קהלים מסוימים אף שמשטר החסינות בארצות הברית אינו מחייבם בהסרה. ראו Klonick, *Governors*, לעיל ה"ש 133, בעמ' 1615-1618.

גוגל דוחה כ-60% מבקשות הסרת הקישורים.²⁴⁹ גוגל נאבקה בבתי משפט בבקשות להסרה נרחבת של קישורים גם בהקשרים משיקים,²⁵⁰ ובארץ גוגל אינה מסירה אוטומטית קישורים ללשון הרע בתגובה לבקשה להסירה, והניסיון מראה כי החשש מאפקט מצנן בשל הבניית הזיכרון הדיגיטלי בידי גופים פרטיים מרחיק לכת, ואין בו כדי לשלול זכות להישכח ל"אנשים הרגילים".²⁵¹

עם זאת, אף שהבעיה של צנזורה משנית חמורה פחות משנראית לכתחילה, הבניית הזיכרון הדיגיטלי בידי גופים פרטיים עדיין מותירה חששות לחופש הביטוי. תמריצים כלכליים להותיר את הביטויים בתוצאות החיפוש אפוא אינם פותרים אותה לחלוטין. אולם בכוחם של אמצעים משלימים לגשר על הפער ולצמצם את החשש מצנזורה משנית. הבניית שיקול הדעת המעין-שיפוטי של מנועי החיפוש תאפשר להדריך את עובדי מנועי החיפוש בהחלטות על הסרה.²⁵² פיתוח נורמות של הליך נאות בנוגע למדיניות הסדרת התוכן אף היא תקל את הבעיה.²⁵³ נוסף על זה התוויית חריגים שיגבילו אחריות משפטית בשל אי-הסרה לסעד של ציווי במקרים המתאימים תקנה אף היא את החשש לצינון.²⁵⁴ אסכם כי תמריצים כלכליים של מנוע החיפוש להותיר קישורים לתוצאות חיפוש על כנם ונקיטת אמצעים משלימים צפויים להקהות את החשש לצנזורה משנית ולהוביל לאיזון ראוי בין כבוד הנפגע לחופש הביטוי.

הטיעון השלישי נגד הזכות הוא פגיעה באכיפת נורמות, הרתעה ויעילות שאותן מקדם הביוש. אכן, הכרה בזכות גורפת להישכח תחתור תחת מטרות הביוש. אולם הכרה בגווני דיפרנציאליים של שכחה יכולה לקדם מטרות של אכיפת נורמות, הרתעה ויעילות. ראשית, ביוש "רע" ממילא אינו מקדם אכיפת נורמות ראויות והרתעה. לפיכך באשר לביוש זה נשמט הבסיס להתנגדות לזכות להישכח. במקרים אחרים, לאחר תקופה, הנורמה נאכפת, וגישה לדברים בשלב מאוחר יותר לרוב לא תשפר את אכיפתה.

לביוש המתפשט ברחבי הרשת השפעות על הרתעת המבוש וכלל החברה מהפרת נורמות. אולם לרוב התמשכות הביוש אינה נדרשת כדי להשיג הרתעה. לאחר תקופה נזקי

249 Lee, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1024 (מציין כי בתוך שישה חודשים מההחלטה בעניין הזכות להישכח קיבלה גוגל יותר מ-160 אלף בקשות הסרה ודחתה בערך 58% מהן). אדוארד לי תיאר במאמרו המקיף את תהליך הסרת גוגל את הקישורים. אף שהציע רשות היברידית שתטפל בהסרת קישורים, סבר כי הסרת גוגל את הקישורים עדיין עדיפה על פני הסרת הממשל את הקישורים. ראו גם Kelly & Satola, לעיל ה"ש 169, בעמ' 18-19.

250 לדוגמה, בהקשר משיק התנגדה גוגל בבית המשפט בקנדה למחיקת קישורים מכל הדומיינים של אתר שמכר טובין מפירים וביקשה להגביל את ההסרה לדומיין המקומי, אף שלפעולה זו יש ערך נמוך של ביטוי. בית המשפט דחה את הבקשה. ראו Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 S.C.C. 34. גוגל עתרה לבית המשפט האמריקני לחסימת הצו הקנדי להסרה גלובלית של קישורים ובית המשפט האמריקני נתן צו לבקשתה. ראו Google LLC v. Equustek Solutions Inc., 2017 W.L. 5000834 (N.D. Cal. 2017).

251 ראו עניין קופל, לעיל ה"ש 197; עניין סביר – מחוזי, לעיל ה"ש 197, פס' 16 לפסק הדין. 252 מתווה שיכלול כללי אצבע להסרת קישורים יוכל להבנות את שיקול הדעת השיפוטי ולצמצם צנזורה משנית. פרק ג להלן יציג מתווה כאמור.

253 Balkin, Triangle, לעיל ה"ש 245, בעמ' 2051.

254 אחזור לנקודה זו במסגרת הביקורת הרביעית למתווה. בשלב זה אציין בקצרה כי אפשר לקבוע כי כאשר ביוש "רע" אינו ניכר על פני הדברים, ומנוע החיפוש בוחר להותיר את הקישור אליו, הוא לא יחויב בפיצוי אם בית המשפט יורה על הסרתו, והסעד היחיד שיעמוד לנפגע יהא סעד הציווי.

הביוש עלולים לעלות על תועלתו, ובכוחו להביא לאפקט מצנן על ביטוי ולהימנעות מעסקאות יעילות עם אדם ששינה דרכיו. לסיכום, בחינת מכלול השיקולים מובילה למסקנה כי ראוי לאמץ זכות להישכח גם בארץ, אם הביוש מתייחס ל"אנשים הרגילים", ויש בו כדי להשפיל ולבזות את אותו אדם בעיני החברה. אולם ראוי להתוות קווים מנחים דיפרנציאליים לזכות זו ולא לנקוט גישה דיכוטומית של זיכרון מוחלט או שכחה.

ג. מתווה להסרת קישורים לביוש מתוצאות חיפוש שמו של אדם

בחלק זה אציע כללי אצבע להבניית שיקול הדעת של מנועי החיפוש וטריבונלים שיפוטיים כאשר ההכרעה בדבר הסרת קישורים תגיע לפתחם. המתווה יבקש להחיל את הזכות להישכח דיפרנציאלית על סוגי הביוש שהוצגו לעיל בתת-פרק ב.2. (ביוש "טוב", ביוש "רע" ו"ביוש המכוער") בתוך כדי איזון בין היבטים דיגניטריים להיבטים של ביטוי.²⁵⁵ הסרת קישורים תאפשר קו ראשון של סעד לפגיעה דיגניטרית ותוכל להיווסף על סעדים אחרים שיחולו במקרה שהביוש עלה גם לכדי עבירה או עוולה. הכללים שיוצעו ייצרו הסדר המעניק למנועי החיפוש יתר ודאות ופשטות בהליך ההסרה ויאפשרו להם ניהול סיכונים יעיל אקס אנטה. הם אף ינחו טריבונלים שיפוטיים להכרעות עקיבות, הוגנות ויעילות יותר, כפי שידגים החלק שלפנינו.

1. הסרת קישורים לביוש "טוב"

הנחיית בית המשפט לגנות מעשה באמצעות הפצת התנהגות המתדיין בעקבות אי-ציות לצו משפטי,²⁵⁶ או הנחיה לפרטים להפיץ באקטיביות פסקי דין הכוללים את שמות הנתבעים/ הנאשמים ברשתות חברתיות כאשר התנהגותם הייתה יוצאת דופן בחומרתה, היא ביוש "טוב".²⁵⁷ ביוש זה מממש את יתרונות הביוש, מוביל למימוש חופש הביטוי, לקידום אכיפת החוק, להרתעה וליעילות. טיעוני הנגד לביוש נחלשים כאשר הוא נעשה במסגרת הליך משפטי או כתוצר שלו.²⁵⁸ אולם שאלת הפרופורציונליות נותרת במלוא תוקפה לנוכח תמידיות הביטוי ברשתות מקוונות.

האם ראוי כי הביוש יהיה לנצח? האם גם כאשר אדם ציית לצו בית המשפט בעקבות הביוש ראוי להמשיך לביישו? האם גם כאשר תמה תקופת ההתיישנות על העבירה שבגינה

255 הניתוח יתמקד בהיבטים הדיגניטריים של הזכות ולא בזכות האינוסטרומנטלית לפרטיות במידע. להבחנה בין שני ההיבטים, ראו Post, לעיל ה"ש 28.

256 ראו לעיל ה"ש 1.

257 ראו הדוגמה לעיל ה"ש 24. אציין כי כבר כיום פסקי הדין מוגשים במנועי חיפוש כדי לקדם את פומביות הדין. ראו עניין חשבים, לעיל ה"ש 82; מיכאל בירנהק "חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת" משפטים מח 31 (2018). בירנהק סבור כי ראוי לצמצם פרסום פרטים מזהים בפסקי הדין בשל פגיעה בפרטיות. אולם אם תשתכלל הצעת חוק כך שתגביל ציון שמות מתדיינים בפסקי דין, ראוי לאפשר פרסום שמות והפצת פסק הדין בהנחיית בתי המשפט במקרים מסוימים של אי-ציות לצו משפטי, התנהגות חמורה במיוחד או ביצוע עבירות חמורות, בין השאר כדי לאפשר ביוש "טוב".

258 ראו לעיל תת-פרק א.3(א).

ביוש ראוי לאפשר את איתור דבר ביצוע העבירה באמצעות מנועי החיפוש? אשיב בשלילה. ברובם המכריע של המקרים הרציונלים שבבסיס הביוש אינם מתקיימים לנצח, ובשלב מסוים המשך הביוש מוביל להרתעת יתר, איננו צודק ואינו יעיל, ולרוב אינו משרת את תכלית המשפט האזרחי והפלילי,²⁵⁹ למעט במקרים חריגים שבהם יש עניין לציבור גם לאחר תקופה, בעיקר כאשר לעבירות חמורות דוגמת עברייני מין מסוכנים,²⁶⁰ כשהמביוש עלול להמשיך לסכן את החברה.²⁶¹

ראוי אפוא כי בית המשפט שהמליץ על הביוש ובקי בנסיבות ובהקשר יקבע את משך הביוש. לדוגמה, אם אדם לא ציית לצו, יוכל בית המשפט לקבוע כי כאשר המביוש יציית לצו, הוא יוכל לבקש ממנוע החיפוש להסיר קישורים של המידע לתוצאות חיפוש שמו, ובמקרים חריגים יקבע בית המשפט כי לא תתאפשר הסרה כלל.

באשר לפסקי דין המתפרסמים כעניין שבשגרה וכוללים את שמות הנתבעים/נאשמים, פרסומם מקדם את עקרון פומביות הדיון, אולם במקרים מסוימים הוא יכול לבייש את הנתבעים/הנאשמים בעקיפין אף שתוצאה זו היא רק תוצר נלווה, ובית המשפט לא הורה על ביוש אקטיבי.²⁶² ייתכן כי כאשר ל"אנשים הרגילים", ראוי שברירת המחדל תהא פרסום פסקי הדין ללא שמות הצדדים.²⁶³ מכל מקום, ראוי להותיר לבית המשפט סמכות להורות על פרסום שמות המתדיינים ואף על הפצה אקטיבית של פסק הדין כאשר אין דרך יעילה אחרת לאכוף את פסק הדין, ונראה שאף במקרים שבהם ההתנהגות שבגינה מתבצע הביוש היא הפרה חמורה של הדין שפגיעה פגיעה ניכרת בחברה.²⁶⁴

259 על התיישנות ומחיקה ממרשם פלילי כדי לקדם יעילות ולאפשר לאדם להשתקם ראו לעיל ה"ש 141–145.

260 Antani, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1196–1197, מתייחס לעבירות מין חמורות. לדוגמה, בית המשפט העליון בטוקיו קבע כי הפצת פורנוגרפיית ילדים היא עבירה בעלת עניין רב לחברה, ובעיקר להורים, ולכן הציבור צריך לדעת על המקרה גם בחלוף חמש שנים מביצוע העבירה. ראו מערכת אנשים ומחשבים "יפן: בית משפט עליון ביטל הכרה ב"זכות להישכח" אנשים ומחשבים (17.6.2016) www.pc.co.il/it-news/219673/.

261 כך בכל מדינות ארצות הברית ובמדינות נוספות קיים מרשם עברייני מין למטרות פיקוח ומעקב אחר עברייני מין משוחררים. ראו ליאור בן דוד, אורלי פישמן ורון תקווה סקירה משווה בנושא: טיפול בעברייני מין ופיקוח עליהם (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2005). אם אלו אכן ממשיכים לסכן את החברה, יש מקום להנגיש מרשם זה לציבור, ופוחתות ההצדקות לקצוב את הזכות להישכח.

262 ראו קמיני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44. פרסום על פי דין של פסקי דין לא ייכנס לטקסונומיה, שכן אין מדובר בביוש אלא בפרסום לפי דין שלא נועד לגנות, אלא לממש את זכות הציבור לקבל מידע. פרסום זה מתבצע כאשר לכל פסקי הדין, וכאשר לא נוסף לו גינוי הביוש הוא רק תוצר לוואי אפשרי עקיף. אולם אם בית המשפט הורה להפיץ את פסק הדין, הפצתו האקטיבית היא ביוש "טוב", ואם אדם פרטי יזם הפצה אקטיבית של פסק הדין והוסיף גינוי של נתבע או נאשם, ההפצה היא "ביוש המכוער".

263 כיום שמות הצדדים מתפרסמים בפסקי הדין כברירת מחדל, ורק במקרים חריגים של פסיקה בנושאים רגישים, כמו דיני משפחה, שמות הצדדים מתפרסמים בראשי תיבות. להרחבה על הצעות חוק לשינוי המצב ראו בירנהק, לעיל ה"ש 257, המציע לאפשר זכות להישכח מיידית כאשר לפסקי דין אזרחיים ולאפשר לפרט לדרוש הסרה של קישורים לתוצאות פסקי דין שבהם נזכר, במקרה שיש בהם פגיעה בפרטיותו. בנוגע להליכים פליליים גישתו שונה, ויש מקום לשמור על פומביות ההליך בשל האינטרס הציבורי במידע (ראו שם, בעמ' 67).

264 אציין כי מאמר זה יוצא מגישה שונה מהמאמר של בירנהק, לעיל ה"ש 257. אני סבורה כי הרציונלים לביוש מצדיקים פרסום שמות הצדדים ואף הפצה אקטיבית שלהם בנסיבות שאינן מוגבלות להליכים פליליים בשל יתרונות הביוש שעליהם עמדתי.

בשולי הדברים יצוין כי במצב הדברים כיום, שבו פרסום שמות המתדיינים הוא ברירת מחדל, ראוי להביא לחפיפה בין תקופת התיישנות העבירה בחוק ומחיקתה מהמרשם²⁶⁵ לבין זכות מתדיין לבקש את ערפול הדברים באמצעות מחיקת קישורים של פסק הדין לתוצאות חיפוש שמו, גם במקרה שהפצת פסק הדין אינה אקטיבית בהוראת בית המשפט.²⁶⁶ כך הדין המאפשר מחיקה ממרשם לא יתרוקן מתוכן בשל פרסום באמצעים דיגיטליים.²⁶⁷

תוצאה זו מובילה לאיזון ראוי, היא מממשת את המטרות בבסיס הביוש, מתמודדת עם בעיית הפרופורציונליות, וברוב המקרים מאפשרת למבוש זכות יחסית להישכח.

2. הסרת קישורים לביוש "רע"

ביוש "רע" הוא הפצת מידע שמגיעה לסף של עוולה אזרחית או עבירה בדין הפלילי.²⁶⁸ לדוגמה, הפצת לשון הרע שאינה חוסה בהגנות החוק על אודות אדם, או הפצת תמונה אינטימית ללא הסכמה. נוסף על זה ביוש "רע" יכול אף להתחיל כגינוי לגיטימי בשל הפרת נורמה או גינוי בהנחיית בית המשפט אך לצאת משליטה, להיות מוצא מהקשר ולהפוך ללשון הרע שהגנות החוק אינן חלות עליו או להטרדה.²⁶⁹

כפי שהראיתי, במקרים שבהם הפרסום הוא הפרת דין כשלעצמה, הרציונלים בשבח הביוש אינם מתקיימים לכתחילה, וכאשר הביוש יוצא משליטה, הם חדלים לעמוד בתוקפם מרגע שהוא מוצא מהקשרו והופך ללשון הרע או להטרדה.²⁷⁰ מנגד, הקשיים שבבסיס הביוש מתעוררים במלוא תוקפם. הוא מביא להרתעת יתר, אינו מקדם יעילות ופוגע בחופש הביטוי של המבוש בלא מידתיות.

האינטרס הציבורי בפרסום נמשך של ביוש "רע" אינו מתקיים. לכן על מנוע החיפוש להיעתר לבקשת המבוש ולהסיר את הקישור לביוש או למופעים המזיקים של ההפצה מתוצאות החיפוש. זאת, כאשר ניכר על פני הדברים כי הביוש הוא עבירה או עוולה, או במקרים שבהם טענות מושא המידע התבררו בבית המשפט, וזה הכריע כי הביוש עולה כדי עבירה או עוולה. כאשר קיים ספק בנוגע לביטוי, מנוע החיפוש יכול להותיר את הקישור לביטוי (אך יכול גם להסירו). הצעה זו משקפת את פסיקת בית המשפט המחוזי בעניין סביר,

265 לעניין מחיקה ממרשם בדין הישראלי ראו לעיל ה"ש 141. לעניין מחיקה ממרשם בארצות הברית ראו לעיל ה"ש 143–144.

266 Antani, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1197.

267 Eric Posner, *We All Have the Right to be Forgotten*, SLATE (May 14, 2014, 4:37 PM) bit.ly/2v3d51r (טוען כי האינטרנט שחק את החוקים של מחילה ציבורית, וכי זכות להישכח תשיב את יעילותם).

268 לדוגמה, עוולת לשון הרע, עבירה של פרסום תמונות אינטימיות ללא הסכמה ועבירה של הטרדה. אולם אציין כי העוולה של פגיעה בפרטיות במרחב הציבורי לא תהווה ביוש "רע" כשלעצמה מאחר שכרוב המקרים המפרסם דברי אמת על הפרת נורמה שפוגעת בכלל יזכה להגנה בשל האינטרס הציבורי במיגור הפרת נורמות. פרשנות אחרת תאפשר הסרה של כל ביוש שהופץ במרחב הציבורי ותוביל לצנזורת יתר ולעיוותים קשים בשיח.

269 לדוגמה, פרסום פרטים אישיים של המבוש וקריאה להטרדו, התאגדות לשם הטרדה חוזרת ונשנית שלו ואיומים עליו.

270 ראו לעיל תת-פרק א.3.(ב).

ולמעשה נתמכת בדין הפוזיטיבי.²⁷¹ במקרים שבהם הותר מנוע החיפוש את הקישור יוכל הנפגע לפנות לבית המשפט בבקשה לקבל צו שיורה על הסרה לאחר בירור העובדות. בית המשפט לא יפסוק פיצוי לחובת מנוע החיפוש בגין אי-הסרת תכנים שקיים ספק באשר לסיווגם עובר להחלטה השיפוטית.

בשולי הדברים יובהר כי בנוגע לביוש שיצא מהקשרו והפך לביוש "רע" אין מנוע החיפוש נדרש לעקוב אחר מופעים של ביוש ולבחון את התפתחותם. לדוגמה, במקרה שבו צולם סרטון המבייש פרט, הסרטון פורסם ברשת, הוא שותף, ומשתמשים הוסיפו לו כותרות שהן לשון הרע,²⁷² הנטל להודיע למנוע החיפוש על כל מופע מבייש של ביוש "רע" או על ביוש שהתפתח לכדי ביוש "רע", וקישור אליו הגיע לעמודים הראשונים של מנועי החיפוש – הוא על כתפי הנפגע.

3. הסרת קישורים ל"ביוש המכוער"

ביוש פרטים בחברה בשל הפרת נורמות מקובלות באמצעות הפצת המעשה לרוב מוביל למימוש הרציונלים שבבסיס הביוש. הוא מסייע באכיפת הנורמה באשר למבויש הספציפי, מצמצם את הסיכוי לחזרה על המעשה, מוביל להרתעה ברמה הכלל-חברתית, מקדם את חופש הביטוי של המבייש ומאפשר לו להשפיע ולגנות הפרות נורמות בסביבתו.²⁷³ אף שביוש זה מעורר אתגרים,²⁷⁴ ובכוחו לבזות ולהשפיל אדם, הגנות חוק איסור לשון הרע חלות בעניינו,²⁷⁵ ופעמים רבות יתרונותיו עולים על חסרונותיו.

אולם לאחר שהסתיים הדיון באתרי האינטרנט, הנורמה כבר נאכפה. המשך הביוש יוביל להיעדר פרופורציונליות, להרתעת יתר, לאפקט מצנן על כלל החברה ולפגיעה ארוכת טווח בחופש הביטוי של המבויש. לפיכך ראוי לאפשר זכות להישכח גם באשר לביוש זה. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף גם לנוכח האפשרויות הנרחבות העומדות בפני הפרט להביא לערפול המידע באמצעות פנייה לחברות שירותי ניהול מוניטין.²⁷⁶ כאמור, גופים אלו מצליחים לדחוק מידע מהעמודים הראשונים של תוצאות החיפוש כעבור תקופה מיום

271 ראו עניין סביר – מחוזי, לעיל ה"ש 197, פס' 16 לפסק הדין.

272 לדוגמה, ק"פ גיל, לעיל ה"ש 73 (בפסק הדין מתוארת הוספת כותרות עוולתיות לסרטון בידי מפרסם הסרטון). בדומה לזה, כותרות משמיות יכולות להתווסף על ידי מי שלא פרסם את הסרטון. ראו עניין יצחק, לעיל ה"ש 41.

273 הכלי של ניהול מוניטין על יתרונותיו ומגבלותיו נדון בהרחבה לעיל תת-פרק א.4 (במסגרת הצגת הכלי השלישי להקלת נזקי הביוש).

274 התייחסתי לאתגרים אלו לעיל תת-פרק א.3.ג). אציין כי חלקם של האתגרים הופכים את "ביוש המכוער" לביוש "רע". לדוגמה כאשר הביוש אינו מדייק בעובדות ומוביל להפצת לשון הרע, או כאשר המבייש, או המפיצים המשניים מוסיפים למידע תוספות עוולתיות הסוגיה תידון במסגרת ביוש "רע". ברוב המקרים המאתגרים האחרים הביוש הוא בגין מעשה שאינו הפרת נורמה מקובלת ובאיוון הכולל ראוי להותיר את הביוש בגדר "ביוש המכוער". כך, אף שאין קוצנוזוס באשר ל"כיעור" התנהגותו של המבויש, נתייחס לביטוי במסגרת זו ונחיל את ההמלצות הנורמטיביות באשר לה, כדי לאפשר חופש ביטוי ולא לפגוע לא מידתית בהבעת דעה.

275 הביטוי יכול לעלות כדי לשון הרע לפי ס' 1 לחוק איסור לשון הרע, אך חוסה תחת הגנות החוק (ראו לעיל ה"ש 99). לדוגמה פרסום הסרטון המתעד את "טיסת השוקולד", הוא פרסום החוסה בהגנת אמת הפרסום.

276 ראו לעיל תת-פרק א.4, ובפרט ה"ש 123–124.

ההתקשרות עימם,²⁷⁷ אולם עלותם גבוהה, ואפשר שלתוצאה של דחיקת הביטויים המביישים מהעמודים הראשונים של תוצאות החיפוש יידרש זמן. דחיית בקשות להסרת ביוש זה גם לאחר תקופה תגביר את הפער בין פרטים בעלי משאבים שיכולים להיעזר בחברות לניהול מוניטין לבין קבוצות מוחלשות שתישארה מבושות. קווים מנחים להסרת הקישורים לאחר תקופה יצמצמו את הפער בין מבושים בעלי משאבים לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות. קווים מנחים כאמור אף יצמצמו שרירותיות ופגיעה בשוויון בין מבושים שחלקם זוכים לערפול המידע עליהם בתהליך טבעי בשל המציאות הטכנולוגית הדיגיטלית, וחלקם נותרים מבושים.²⁷⁸ מוצע אפוא לקבוע כי ביוש מסוג זה יאבד מהרלוונטיות לאחר שנה מיום הפצת המידע לראשונה, בדומה ליום הכיפורים במסורת היהודית החל אחת לשנה ומאפשר לפתוח דף חדש.²⁷⁹ בחלוף שנה, ככלל, ראוי שמנוע החיפוש יעתר לבקשת ההסרה. כך יושג ערפול שיקשה גישה למידע, אולם הוא לא ימחק לחלוטין ויישאר נגיש באתרים ובתוצאות חיפוש שאינן לפי שם המבוש. מנועי החיפוש יוכלו לסטות מברירת המחדל של הסרה במקרים חריגים כאשר יש עניין ציבורי כבד משקל בהותרת המידע המבייש בתוצאות החיפוש. זאת כאשר בקשת ההסרה מתייחסת לדיווח (בנפרד מפרסום פסק הדין) על הרשעות בפשעים ובעבירות פליליות חמורות נגד גופו של הפרט הכרוכות בפגיעה פיזית, כגון אלימות קשה או עבירות מין.²⁸⁰

נוסף על זה המודל מותיר מתחם צר של שיקול דעת למנועי החיפוש להותיר קישורים לתוצאות חיפוש בנסיבות חריגות נוספות שיש בהן נימוקים כבדי משקל לאי-הסרת הקישור, ובנוגע להם לא תעמוד למבוש המבקש הסרה זכות אוטומטית להישכח מתוצאות החיפוש לאחר שנה. זאת, כאשר מתקבל הרושם כי התנהגות המבוש המתוארת היא עבירה חמורה אף אם לא הורשע בגינה, לדוגמה סרטון שמצולמת בו אלימות קשה. בנסיבות אלו ינמק מנוע החיפוש את החלטתו להותיר את הקישור לדברים.

אם יפנה הנפגע מאי-ההסרה בנסיבות אלו לבית המשפט בתביעה נגד החלטת מנוע החיפוש להותיר את הקישור, וייקבע כי אין מתקיים אינטרס ציבורי בהותרת הקישור לתכנים,²⁸¹ יוגבל הסעד להסרה ולא יכלול פיצויים.²⁸² הדין המגביל פיצוי במקרים אלו

277 לדוגמה, במקרה המתואר בספרו של RONSON, לעיל ה"ש 8, בעמ' 251 (ניהול המוניטין הצליח רק לאחר מספר חודשים).

278 על היעדר שוויון בין מבושים בשל המציאות הטכנולוגית ראו לעיל ה"ש 129–130 וכן ה"ש 229–230 והטקסט הצמוד אליהן.

279 אתייחס לפרק זמן זה ולביקורת שיכולה להתעורר בנוגע אליו להלן בפרק ה.

280 יצוין כי פרסום הכרעת הדין עצמה וקישור אליה במנועי החיפוש אינם בבחינת ביוש אלא פרסום לפי דין, וקישורים אליה יישארו יותר משנה. התייחסתי לעניין זה במסגרת ביוש "טוב". אולם ההצעה מתייחסת להפצת דיווח נוסף על הרשעות שהיא ביוש.

281 החלטת בית משפט להורות על הסרת הקישור למרות החלטת מנוע החיפוש להותירו, בשל האינטרס הציבורי בביוש נמשך של עבירות חמורות, יכולה להתקבל במקרה שהמפרסם הפריז בתיאורו את ההתנהגות של המבוש. ככל שהטענה לעבירות חמורות שבוצעו מצד המבוש שקרית ואינה רק הפרזה, הביוש הוא ביוש "רע", והוא יוסר מייד לבקשת המבוש עקב החלטת מנוע החיפוש או פסיקת בית המשפט. במקרים של ביוש "רע" לרוב לא יצטרך הנפגע להמתין שנה להסרת הקישור.

282 אם הביוש עצמו עלה כדי עבירה או עוולה, עדיין תעמוד לנפגע עילת תביעה ישירה נגד המפרסם, והוא יוכל לתבוע ממנו פיצוי בתביעה הישירה. אולם מקרים אלו נופלים בגדר ביוש "רע", ועל פי רוב לא ימתין הנפגע שנה בבקשה להסרת הקישור אלא יפנה למנוע החיפוש מייד.

ישמש שומר סף של האינטרס הציבורי, נוסף על התמריצים הכלכליים שעומדים למנוע החיפוש להותיר את הקישורים בתוצאות החיפוש. תוצאה זו מובילה לאיזון ראוי בין אכיפת נורמות, חופש ביטוי והרתעה לבין כבוד המבוש ופרטיותו.

טבלה מסכמת: קווים מנחים להסרת קישורים לסוגים שונים של ביוש

סוג הביוש	ביוש "טוב"	ביוש "רע"	"ביוש המכוער"
תיאור	– הנחיית בית משפט לציבור לפרסם אי-ציות לצו בית משפט. – הנחיית בית משפט לציבור לפרסם באקטיביות פסיקה מסוימת שבעניינה היוותה התנהגות הנתבע/הנאשם הפרה בוטה של דין או אי-ציות לצו שיפוטי.	ביוש שעובר את הסף של המשפט להכרה כעבירה או עוולה. – הפצת לשון הרע. – הפצת תמונות אינטימיות ללא הסכמה. – הוצאת דברים מהקשר בתהליך ההפצה שמונעת את תחולת הגנות חוק איסור לשון הרע. – ביוש "טוב", או "ביוש המכוער" שיצא משליטה והפך לעוולה או לעבירה.	פרסום הפרת דין או נורמות וגינוי המעשה ביוזמת הפרט ולפי שיקול דעתו.
מועד הסרת הקישור למידע מתוצאות חיפוש שמו של המבוש	– בית המשפט יקבע את משך הביוש. נוסף על זה, במענה לבקשת המבוש, ככלל יסיר מנוע החיפוש קישורים למידע מתוצאות החיפוש בחלוף תקופת התיישנות על העבירה על פי דין, וכך תתאפשר חפיפה בין הדין לבין המציאות המקוונת. – אשר לפשעים חמורים כאשר מבצעים משיכים להיות סיכון לציבור, הביוש יימשך בשל האינטרס הציבורי במידע.	– הסרת הקישור לביוש ממנוע החיפוש מייד, או מהשלב שבו הביוש יצא משליטה. במקרים אלו אין אינטרס ציבורי בהמשך הביוש. ההסרה תתבצע אם ניכר על פני הדברים שהביוש הוא עבירה או עוולה. כשיש ספק, למנוע החיפוש שיקול דעת אם להסיר את הקישור, ואם לא הסיר יוכל המבוש לברר את הדברים בבית המשפט. אם יקבע שיש להסיר את הקישור, יהא על מנוע החיפוש להסירו.	– מנוע החיפוש ימחק את הקישור למידע במענה לבקשת המבוש בחלוף שנה מיום הביוש, למעט במקרים שבהם יש אינטרס ציבורי ניכר במידע. זאת כאשר בקשת ההסרה מתייחסת לדיווח (בנפרד מפרסום פסק הדין) על הרשעות בפשעים ובעבירות פליליות חמורות נגד גופו של הפרט ובנסיבות חריגות נוספות כאשר מתקבל הרושם כי התנהגות המבוש המתוארת היא עבירה חמורה נגד גופו של הפרט, אף אם לא הורשע בגינה. בנסיבות אלו אין חובה להסיר את הקישור, ותחול חובת הנמקה לאי-הסרה.

4. יתרון של הכללים המוצעים בסביבה הדיגיטלית

מטרת המתווה המוצע היא לשמש כלי עזר למנועי החיפוש בבואם לקבל החלטות על הסרת קישורים ולבתי המשפט כאשר תביעה בגין היעדר הסרה מגיעה לפתחם. בשונה מניסיונות באיחוד האירופי להתוות קווים מנחים להחלת הזכות להישכח²⁸³ ככלל, כללי האצבע המוצעים אינם מסתמכים על יסודות גמישים או על קריטריונים לבחינה מתי ראוי להסיר קישורים לביוש. הכללים המוצעים הם מודל מודולרי, והם יתרמו למהלך הנדרש להכרעה בהסרה.

אפשר לטעון כי כללי אצבע מדויקים פחות מסטנדרטים שמאפשרים שיקול דעת רחב ובחינה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה. אולם כפי שאראה להלן, יתרון של הכללים הוא בבהירותם ביחס לסטנדרטים.²⁸⁴ ראשית, ההחלטה על הסרת קישורים מתבצעת בידי עובדי מנועי החיפוש, שמקבלים כמות עצומה של בקשות למימוש הזכות להישכח. בשל ריבוי הבקשות קשה לצפות כי יוכלו להתעמק בעובדות כל מקרה ולשקולן, וצפוי שלא יחילו סטנדרטים פתוחים ביעילות.²⁸⁵ בהיעדר אפשרות להקדיש זמן לבחון לעומק כל בקשה, החלת כללי אצבע פשוטה מהחלת סטנדרטים, ואף שגם היא אינה יוצרת ודאות מוחלטת ומצריכה שיקול דעת בהחלטה, היא תביא ליתר דיוק, שיטתיות והגיונות לעומת המצב כיום.²⁸⁶

שנית, לפי מחקרים, עמימות בנוגע לאחריות בדרך כלל מובילה חברות לאמץ הסדרה מחמירה מזו שהייתה מונהגת לפי כללים ברורים.²⁸⁷ במקרה של הזכות להישכח, עמימות הזכות להישכח וסטנדרטים פתוחים להחלטה המעוצבים בגופי ההסדרה באירופה עלולים להביא להסדרה מחמירה שתתבטא בהסרת יתר של קישורים לתוצאות חיפוש ותוביל לאפקט מצנן לא מידתי.²⁸⁸ בניגוד לזה, הכללים המוצעים יביאו להסרה בעיקר של תכנים

283 ראו art. 29 Data Prot. Working Party, Guidelines, לעיל ה"ש 170, אשר מתמקדים בעיקר בשאלות האם מושא המידע אדם פרטי או דמות ציבורית, האם המידע רגיש, האם הוא רלוונטי והאם הוא מביא לאיזון נכון בין חופש הביטוי לזכות לכבוד ולפרטיות.

284 על יתרון של כללים מודולריים על פני סטנדרטים בהקשר משיק ראו ז'רסקי ולביא, לעיל ה"ש 195, בעמ' 705.

285 להרחבה על טיפול גוגל בבקשות הזכות להישכח ועל ההליך שפיתחה ראו Lee, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1037. וראו גם בהקשר משיק, בנוגע להסרת אתרי האינטרנט תכנים מזיקים. אף שמתווכים יוצרים הליכים לטיפול בבקשות הסרה וקווים מנחים, היקף הבקשות אינו מאפשר להם להקדיש זמן לכל בקשה. ראו Nick Hopkins, *Revealed: Facebook's Internal Rulebook on Sex, Terrorism and Violence*, THE GUARDIAN (May 21, 2017, 6:00 PM) bit.ly/2GcjtBR ("[T]he volume of work, which means they often have 'just 10 seconds' to make a decision").

286 Klonick, *Governors*, לעיל ה"ש 133, בעמ' 1631 (מתייחסת למעבר מסטנדרטים לכללים שמאפשר אכיפה יעילה יותר והסדרת תוכן). ראו גם TARELTON GILLESPIE, *CUSTODIANS OF THE INTERNET: PLATFORMS, CONTENT MODERATION AND THE HIDDEN DECISIONS THAT SHAPE SOCIAL MEDIA* 111 (2018).

287 KENNETH A. BAMBERGER & DEIRDRE K. MULLIGAN, *PRIVACY ON THE GROUND* 242 (2015).

288 אציין כי אף שבפועל גוגל דוחה 60% מבקשות ההסרה, הנתונים מתייחסים גם לבקשות של דמויות ציבוריות, שבנוגע אליהן יש אינטרס ציבורי חזק יותר בהותרת הקישור לתכנים.

שאכן ראוי להסירם ולא בשל חשש מאחריות משפטית. הם יתרמו אפוא לצמצום מצבים של צנזורה משנית, יביאו ליתר עקיבות וודאות משפטית ויפחיתו שרירותיות. שלישית, כיום החלטות על הסרת קישורים מתבצעות בידי בני אנוש – עובדי מנועי החיפוש. אולם ככל שהטכנולוגיה מתפתחת, המצב המצוי הוא שהולכות ומתרבות פעולות אכיפה במרחב המקוון המתבצעות אוטומטית באמצעות שימוש באלגוריתמים. לדוגמה בהקשר של זכויות יוצרים,²⁸⁹ הסרת תוכני הסתה²⁹⁰ ופורנוגרפיית נקם.²⁹¹ כיום, אכיפה אלגוריתמית אינה רגישה מספיק להקשר של תוכן ועלולה להביא להסרת יתר של ביטוי.²⁹² אולם מנגנונים אלו צפויים להשתפר עם התפתחות טכנולוגיות של בינה מלאכותית ולמידת מכונה ולהיכנס לשימוש נרחב יותר.²⁹³ כללים ברורים יאפשרו להטמיע את הזכות להישכח אל הטכנולוגיה ביתר קלות ודיוק, לייעל את המעבר לאכיפה אלגוריתמית²⁹⁴ ולצמצם תוצאות שליליות שלה. אימוץ הכללים יכול לאפשר בעתיד לכל אדם פרטי להגיש בקשה להסרת קישורים במערכת אוטומטית, וזו תסיר את הקישורים לפי הכללים המוצעים. אמצעים דומים מוחלים כבר היום בנוגע לסוגים מסוימים של ביוש "רע".²⁹⁵ בדומה לזה

Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, 19 STAN. TECH. L. REV. 473 (2016); Martin Husovec, *The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And Why?*, 42 COLUM. J. L. & ARTS 53, 67 (2018) ("The capabilities of automation are dependent on the state of technological development, such as of artificial intelligence") של העלאת תוכן מפר זכויות יוצרים).

Susan Klein & Crystal Flinn, *Social Media Compliance Programs and the War Against Terrorism*, 8 HARV. NAT'L SEC. J. 53, 79–81 (2017).

Olivia Solon, *Facebook Asks Users for Nude Photos in Project to Combat Revenge Porn*, THEGUARDIAN (Nov. 7, 2017, 10:17 PM) bit.ly/2UaIXve.

Danielle K. Citron & Neil M. Richards, *Four* ג'ם 98, בעמ' 286, לעיל ה"ש 98. ראו גם GILLESPIE, *Principles for Digital Expression (You Won't Believe #3!)*, 95 U. WASH. L. REV. 1353 (2018) שם הכותבים מסבירים שכיום מערכות אכיפה אלגוריתמית המבוססות על בינה מלאכותית יכולות להוביל להסרה של תוכן לגיטימי כי אינן רגישות מספיק להקשר. ראו גם CTR. FOR DEMOCRACY & TECH., MIXED MESSAGES? THE LIMITS OF AUTOMATED SOCIAL MEDIA CONTENT ANALYSIS 4 (2017) ("Today's tools for automating social media content analysis have limited ability to parse the nuanced meaning of human communication or to detect the intent or motivation of the speaker") כן ראו YOCHAI BENKLER, ROBERT FARIS & HAL ROBERTS, NETWORK PROPAGANDA: MANIPULATION, DISINFORMATION, AND RADICALIZATION IN AMERICAN POLITICS 365 (2018) ("[T]he promise of machine learning and artificial intelligence to accurately separate the good from the bad has not been realized").

לעניין הפוטנציאל של בינה מלאכותית לשיפור מנגנון האכיפה בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים כך שיוכל להבחין בין תכנים שהם שימוש הוגן לבין תכנים מפירים ראו Niva Elkin-Koren, *Fair Use by Design*, 64 UCLA L. REV. 1082, 1097 (2017).

Frank Pasquale, *A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation* 294 GEO. WASH. L. REV. 1 (2019) ("the more formalized law becomes, the easier it is to convert its rules to the types of expert systems deployed in a program"), available at bit.ly/2UVqMhB.

295 ראו להלן תת-פרק ד.2.

יהיה אפשר לקודד ביוש בהנחיית בתי המשפט באמצעות הטכנולוגיה ולמנוע את הסרת הביוש למשך הזמן שנקבע במתווה.²⁹⁶ רביעית, כללים בהירים ידריכו גם את בתי המשפט אל עבר הכרעות שיטתיות והוגנות יותר בסוגיית הסרת קישורים לביוש ויאפשרו להימנע מהתדיינות מסורבלת. נוסף על זה, במקרים חריגים מוגדרים שבהם יש אינטרס ציבורי, המודל מאפשר לבתי המשפט לסטות מכללים אלו כדי להביא להכרעות צודקות יותר. נסכם אפוא כי החלת כללי אצבע עדיפה על סטנדרטים פתוחים, תביא לעקיבות, להגיונות וליעילות ותצמצם אפקט מצנן לעומת החלה של סטנדרטים. כמו כן בעתיד החלתם אף תאפשר הסדרה טכנולוגית מדויקת יותר של הזכות להישכח.

5. המודל המוצע ועיגונו בדין

המודל מבקש להכיר בזכות דיפרנציאלית להישכח שתאפשר סעד חדש בגין פגיעה דיגיטרית אף כאשר זו התבצעה כדין ולכתחילה אינה עולה כדי עבירה או עוולה. סעד של הסרת קישורים לתוצאות חיפוש, כאשר המפרסם לא הפר דיין, או נהנה מהגנות, אינו מעוגן במשפט הישראלי. לפיכך ראוי כי המסגרת העיונית הכללית למודל תעוגן בחקיקה עלי ספר אשר עדיפה על פני חקיקה שיפוטית מאחר שהמודל יוצר זכות חדשה לקבל סעד וחורג מפרשנות מצב קיים. כדי לקדם בהירות ופומביות הנדרשות לפי עקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית ראוי אפוא במקרה זה לעגן את הסמכות להורות על הסרת קישורים בחוק. עובדי מנועי החיפוש ובתי המשפט יישמו את המודל בתוך מסגרת זו. מוצע כי עיגון הסעד בחקיקה יתבצע בכלליות ויאפשר לבתי המשפט פיתוח עתידי והתאמה להתפתחויות טכנולוגיות ולשינויים בנורמות חברתיות.²⁹⁷ עיגון כללי של הסעד יוכל לאפשר התאמה גם למצבים החורגים מיריעת המאמר.²⁹⁸

מאחר שמטרת הביוש היא גינוי הפרט וביזויו בפני החברה, המסגרת הדוקטרינרית הנורמטיבית הראויה לעיגון הסעד שתאפשר את יישומו היא חוק לאיסור לשון הרע

²⁹⁶ יצוין כי שימוש בטכנולוגיה לטיפול אוטומטי בבקשות הסרה עלול לפגוע במידה מסוימת באפשרות לסטות מהמתווה במקרים המצדיקים זאת, אולם אכיפה אלגוריתמית כבר מוחלת ולא תחדל, ולמרות חסרונותיה ופגיעתה האפשרית בחופש הביטוי בהיעדר שקיפות, השימוש בה עתיד להתרחב. השאלה האם אכיפה אלגוריתמית של תכנים מזיקים רצויה נורמטיבית תלויה בעיקר ביכולות הטכנולוגיה לדייק ובעלויותיה לעומת אכיפה בידי אדם. אולם כבר כיום מתווכים משתמשים בטכנולוגיה בהקשרים משיקים, לדוגמה אכיפה אלגוריתמית של זכויות יוצרים, ובמקרה זה, אף בטרם הוגשה בקשה להסרה. ראו Perel & Elkin-Koren, לעיל ה"ש 289. נראה כי בהמשך יישמשו גם להחלת הזכות להישכח, וכך לאימוץ הכללים יתרונות על פני החלופות גם במשטר של אכיפה אלגוריתמית. כמו כן נראה כי עם התפתחות הבינה המלאכותית ואלגוריתמים של למידת מכונה יוכל מנגנון ההסרה להחריג מקרים יוצאים מן הכלל ביעילות רבה יותר.

²⁹⁷ העיגון יהיה כללי במובן זה שהוא לא יקטלג את סוגי הביוש שנסקרו אל תוך החקיקה. קטלוג מפורש הוא כאמור מורכב, צפוי לעורר קושי בהבהרת הקטגוריות ואף לגרום לקיבעון. ראוי אפוא לאמץ את המסגרת הכללית בחקיקה מבלי לציין את סוגי הביוש שנסקרו מפורשות אך לאפשר התאמה לקטגוריות שונות של ביוש.

²⁹⁸ לדוגמה, פרסום מבייש על דמות ציבורית.

המתמקד בשמירת ערך ההכרה החברתית של הפרט בשונה מרגשות הכבוד הפנימיים.²⁹⁹ תיקון לחוק יאפשר הסרה גם בנוגע לביטויים שפרסומם המקורי נהנה מהגנת אמת דיברתי³⁰⁰ או חוסה בהגנות תום לב,³⁰¹ מאחר שגם פרסום מידע שהיה נכון במועד פרסומו יכול להפוך לביוש רע במועד מאוחר יותר.³⁰² הותרת תוצאות חיפוש המקורות למידע שנים לאחר שפורסמו, בעיקר כאשר העניין הציבורי במידע פחת, מציגה את מושא המידע באור שלילי ועלולה להוציא את המידע עליו מהקשרו. כך, אפשר לקבוע כי אף שהפרסום המקורי חוסה בהגנה, הותרת הקישור לפרסום ביודעין אינה חוסה בהגנת "אמת הפרסום" מאחר שאין עוד עניין ציבורי בנוגע לו. לחלופין, לפי פרשנות מצמצמת ל"אמת" אפשר לקבוע כי לאחר שנים הפרסום אינו אמת כלל.³⁰³

פרשנות דומה, שאף היא תאפשר תוצאה של הסרת הקישור, היא שעצם הותרת ביטוי שאינו רלוונטי נגיש לכול במנועי החיפוש לאחר שהנפגע ביקש להסירו אינה חוסה בהגנות תום לב. פרשנות זו אינה מהפכנית, והיא עולה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט העליון בהקשר משיק של חזרה על לשון הרע מחוץ למרחב המקוון.³⁰⁴ תובנות אלו מספקות בסיס עיוני להכרה בסעד של הסרת קישור לפרסום שיש בו פגיעה דיגיטרית מצד מנוע החיפוש גם כאשר הפרסום המקורי חוסה בהגנות חוק איסור לשון הרע.

299 הביוש מתמקד בגינוי פומבי של הפרט ובפגיעה בכבודו הפרט בעיני החברה (honor) ולא בכבוד במובן ערכו הפנימי של הפרט (dignity). להבחנה בין שני המונחים של ערך הכבוד ראו ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, ה"ש 231, עמ' 628. על הערך בבסיס עוולת לשון הרע ראו חאלד גנאים, מרכזי קרמניצר ובונו לשון הרע, הדין המצוי והרצוי 186–187 (2005).

300 ס' 14 לחוק איסור לשון הרע: "במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום ענין ציבורי". אציין כי מחוץ למרחב המקוון ההלכה היא כי על המפרסם לאמת מחדש עובדות שעליהן נסמך הפרסום ולא להסתפק באמת כפי שהייתה. בשל כמויות עצומות של מידע המתפרסמות באינטרנט בזמן אמת, אין מקום להטיל על מתווכים לאמת כמויות עצומות של מידע בכל זמן. אולם ראוי להטיל עליהם אחריות להסרה רטרואקטיבית של מידע שכבר אינו "אמת" במועד בקשת הסרת הקישורים לפי המודל. לעניין ההלכה מחוץ למרחב המקוון ראו עניין דיין אורבך, לעיל ה"ש 73, פס' 87 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

301 ס' 15 לחוק איסור לשון הרע (בעיקר הגנת חובת הפרסום והגנת הבעת דעה).

302 ראו Jones, לעיל ה"ש 90, בעמ' 149. להרחבה על הוצאה מהקשר כמעשה בר תביעה ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 41, בעמ' 552.

303 ייתכן כי במקרים אלו אפשר להחיל הגנה של "אמת לשעתה" על המפרסם. ראו לדוגמה דעת הרוב בע"א 751/10 פלוני נ' דיין (פורסם בנבו, 8.2.2012). פרשנות זו להגנת "אמת דיברתי" נדחתה בדיון הנוסף, וגם לו עמדה בתוקפה לא הייתה בהכרח חלה על מנוע החיפוש שמקבל בקשת הסרה.

304 עניין דיין אורבך (לעיל ה"ש 73), מלמד אותנו כי פרסום יכול לזכות להגנה במקור ולא ליהנות מהגנה כאשר הוצא מהקשרו. בעניין זה נדונה אחריות המשדר ללשון הרע. נקבע כי יש להתייחס בנפרד לתוכנית התחקיר עצמה ולפרסומים מעובדים שלה (תוכנית לקט וקדימונים), שהם פרסומים חדשים, ולבחון את תחולת ההגנות לפי מאפייני הפרסום החדש. כך, הוכרה הגנה בנוגע לתחקיר בכללותו ואף לתוכנית הלקט, אולם הוטלה אחריות לקדימון שבו נערכו קטעים ממנו והוצאו מהקשרם. בית המשפט נסמך על הגנות שונות לפטור למשדר הפרסום המקורי. בערעור האזרחי הוחלה הגנת אמת בפרסום, אשר פורשה כ"אמת לשעתה", ואילו בדיון הנוסף נדחתה הפרשנות שהותוותה בערעור האזרחי להגנת אמת בפרסום, והבסיס להכרעה היה הגנת תום לב (הגנת חובת הפרסום), שהוחלה בנוגע לדיווח עיתונאי אחראי בתום לב.

כאמור, בשל יצירת סעד חדש מוצע לעגן את המסגרת הכללית למודל בחקיקה. מאחר שההצדקות לסעד נסמכות על עוולת לשון הרע, הבסיס הראוי לעיגון המסגרת למודל הוא בתיקון לחוק איסור לשון הרע. אפשרות אחת לעיגון הסעד בחוק איסור לשון הרע היא תיקון סעיף 9 לחוק העוסק בסעד הציווי.³⁰⁵ לפי ההצעה יתווסף סעיף 9(א)(3), שיסמך את בית המשפט לצוות על מנוע החיפוש להסיר קישורים ופרט שיקולים להסרה:

9(א)(3) במרחב המקוון רשאי בית המשפט לצוות על מנוע חיפוש להסיר קישורים לתכנים שהתגבשו לכדי לשון הרע, אף אם בזמן פרסומם, חסו בהגנות שבחוק זה.

בית המשפט ישקול את זהות המבקש,³⁰⁶ אופי הפרסום,³⁰⁷ משך הזמן שחלף מיום שהתפרסם לראשונה,³⁰⁸ מידת הפגיעה שתיגרם לו בעיני הבריות כתוצאה מהאפשרות לאתר הביטוי במועד הבקשה לעומת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מהסרת הקישור. הורה בית המשפט על מתן צו כאמור, יסיר מפעיל מנוע החיפוש את הקישור לביטויים לגביהם ניתן הצו.

לחלופין אפשר לעגן את הסעד בהוספת סעיף 25(ב) לחוק לאחר סעיף 25(א) העוסק ב"חובת ערכון בנוגע לזיכוי מהרשעות":³⁰⁹

25(ב) חובת מנועי החיפוש לעדכון עם שינוי הנסיבות "1) אדם הרואה עצמו נפגע מפרסום מידע שהוא לשון הרע במרחב המקוון (להלן – מבקש), רשאי לפנות למפעיל מנוע החיפוש שבאמצעותו אותר המידע האמור, בבקשה להסיר את הקישור למידע מיידית. חסה הפרסום המקורי בהגנות שבחוק זה, יחויב מנוע החיפוש להיעתר לבקשה רק כעבור שנה לכל המוקדם.

2) סירב מפעיל מנוע חיפוש לבקשה להסיר קישור לביטוי לפי סעיף 25(ב), או לא השיב לפנייה, רשאי המבקש לפנות לבית המשפט בבקשה שיוורה למפעיל מנוע החיפוש להסירו מתוצאות החיפוש.

305 סעיף זה קובע כי: "נוסף לכל עונש וסעד אחר רשאי בית המשפט, במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע, לצוות – (1) על איסור הפצה של עותקי הפרסום המכיל את לשון הרע או על חרמתם (2) על פרסום תיקון או הכחשה של דבר המהווה לשון הרע או על פרסום פסק הדין, כולו או מקצתו; הפרסום ייעשה על חשבון הנאשם או הנתבע, במקום, במידה ודרך שיקבע בית המשפט". להרחבה על הסעיף ועל אפשרויות התיקון לפרשנותו ראו אלעד פלד צווי עשה בדיני לשון הרע 51–47 (2012). נראה כי אמצעים פרשניים יאפשרו להתאים סעד זה לסוגיה מושא דיונו.

306 בית המשפט יבחן אם המבקש הוא דמות פרטית או ציבורית.

307 קריטריון כללי זה יאפשר לבית המשפט להבחין בין סוגי ביוש שונים.

308 במסגרת קריטריון זה יבחן בית המשפט אם חלפה שנה מיום הפרסום באשר לאדם שאינו דמות ציבורית, או תקופת זמן ארוכה יותר באשר לדמות ציבורית. כאשר הפרסום המקורי חסה בהגנות שבחוק, ככלל לא יצווה בית המשפט על הסרה בטרם חלפה שנה מיום שהתכנים התפרסמו לראשונה.

309 להרחבה ראו פלד, לעיל ה"ש 305, בעמ' 70–72.

(3) הוכח להנחת דעתו של בית המשפט כי מוצדק בנסיבות העניין להסיר את הקישור לביטוי שלגביו הוגשה בקשה לפי סעיף 25(ב), רשאי הוא להורות למפעיל מנוע החיפוש להסיר את הקישור האמור. בית המשפט ישקול את זהות המבקש³¹⁰ אופי הפרסום,³¹¹ משך הזמן שחלף מיום שהתפרסם לראשונה, מידת הפגיעה שתיגרם לו בעיני הבריות כתוצאה מהאפשרות לאתר הביטוי במועד הבקשה לעומת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מהסרת הקישור. הורה בית המשפט כאמור, יסיר מפעיל מנוע החיפוש את הקישור לביטויים לגביהם הוגשה הבקשה.

אציין כי במצבים שבהם עומדת הגנה למפרסם המקורי, אך הביטוי התגבש לכדי ביוש רע בחלוף הזמן, וההצדקות להמשיך להכיר בהגנות החוק באשר לו אינן מתקיימות, לא יעמוד לנפגע סעד של פיצוי כנגד המפרסם או כנגד מנוע החיפוש. תרופתו היחידה תהא הסרת הקישור ממנוע החיפוש, למעט במקרים שבהם פנה הנפגע למנוע החיפוש בבקשת הסרה, מנוע החיפוש סירב להסיר את הקישור לביטוי, ובית המשפט קבע כי מנוע החיפוש נמנע מהסרת הקישור לתכנים ללא הצדקה.³¹²

תיקון החקיקה המוצע, המתמקד בביטוי ולא במפרסם, יאפשר כאמור סעד לנפגע שאינו מופנה כלפי המבייש אלא כלפי הגורמים המאפשרים את תמידיות הביוש. כך נראה כי התיקון אף יביא למימוש טוב יותר של תכלית חוק איסור לשון הרע, שמחד מכירה בהיות הביטוי נכלל בגדר לשון הרע, ומאידך מעניקה הגנה למפרסם הביטוי בנסיבות מסוימות. בשולי הדברים אציין כי בשונה מהצעת החוק בעניין הזכות להישכח,³¹³ המתייחסת לאדם הרואה עצמו נפגע מפרסום מידע אישי,³¹⁴ ההצעה ממוקדת בביטוי לשון הרע אף אם אינו מידע אישי. כך, אף שקיימת חפיפה חלקית בין שתי ההצעות, היקף תחולתן שונה³¹⁵ בשל הרציונלים השונים בין הגנת הפרטיות לאיסור לשון הרע.³¹⁶ הצעה זו אפוא אינה באה לשלול אימוץ חקיקה עתידית בנושא הזכות להישכח הממוקדת בהגנת הפרטיות.

310 ראו לעיל ה"ש 306.

311 ראו לעיל ה"ש 307.

312 במקרים אלו יבחן בית המשפט אם מתקיים החריג הצר של האינטרס הציבורי, ובהיעדרו יוכל להטיל על מנוע חיפוש המסרב להסיר את הקישור האמור חובת פיצוי.

313 ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), לעיל ה"ש 204.

314 ראו הגדרת מידע אישי שם, ס' 17: "מידע או מידע רגיש כהגדרתם בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות [...] וכן כל פרט הנוגע לחייו האישיים או הפרטיים של אדם ושיש בו כדי לזהותו".

315 לדוגמה, לפי הצעת הזכות להישכח התשע"ז, יוכל פרט שחש אי-נוחות בשל פוסט שכתב לפני שנים, לבקש להסירו אף אם אין בו כדי לביישו, להשפילו או לבזותו, אלא שהוא אינו מעוניין בנוכחות אינטרנטית, רוצה להיעזב לנפשו, ועצם הימצאות הפוסט פוגע בו. לפי הצעה לתיקון חוק איסור לשון הרע פוסט זה לא יוסר. נוסף על זה הצעה לתיקון חוק איסור לשון הרע מתמקדת במידע שפרסמו צדדים שלישיים ולא במידע שמושא המידע פרסם על עצמו ויש בו כדי לביישו בהווה או בעתיד. מנגד, בהיבטים אחרים, הצעת חוק איסור לשון הרע רחבה מהצעה הממוקדת בהגנת מידע. הצעה זו מאפשרת לבקש להסיר מידע אף אם אינו מידע אישי, אך יש בו כדי להשפיל או לבזות את מושא המידע.

316 חוק איסור לשון הרע מאזן בין כבוד האדם וחופש הביטוי וחוק הגנת הפרטיות לבין הזכות לפרטיות והאינטרס הלגיטימי של הפוגע, לדוגמה חופש הביטוי. רציונלים שונים אלו מצריכים היקף שונה של תחולת החקיקה.

ד. היקף ההסרה

1. הגבלת ההסרה לדומיין המקומי של מנוע החיפוש

בפסיקה ניטשים קרבות בסוגיית היקף הסרת תכנים בהקשרים שונים, בסוגיות של הפרת זכויות יוצרים,³¹⁷ ובהקשר דיונו – הזכות להישכח. היקף ההסרה שנוי במחלוקת בעולם. לפי הנחיות Article 29 Working Party,³¹⁸ מימוש הזכות להישכח הוא בהסרת קישורים למידע מכל הדומיינים של מנוע החיפוש ולא רק מתוצאות החיפוש במדינת האיחוד שאליה משתייך הפרט המבקש את ההסרה. לציות להנחיות אלו השלכות גלובליות שיעלו על הסרה מתוצאות החיפוש באירופה.³¹⁹ בשאלה זו תלויה ועומדת עתירה של גוגל נגד הרשות להגנת המידע הצרפתית (Commission nationale de l'informatique et des libertés), שדרשה להחיל את הזכות גלובלית.³²⁰ בית המשפט הפנה את התיק לבית הדין האירופי לצדק.³²¹ במסגרת ההליך חיווה היועץ המשפטי של הערכאה המשפטית העליונה באירופה את דעתו ואמר כי די בהסרת תוצאת החיפוש מהדומיין המקומי. פסק הדין צפוי להינתן בחודשים הקרובים.³²²

מדינות מבקשות להרחיב את הזכות להישכח להסרה מכל הדומיינים של מנועי החיפוש. גם נפגעים מבקשים הסרה גורפת. מנועי החיפוש מתנגדים לבקשות אלה. בנקודה זו ניצבת השאלה כיצד ראוי להחיל את הזכות להישכח בנוגע לביוש בארץ. אשיב כי ראוי להגביל את ההסרה לדומיין המקומי. ראשית, התנהגות וביטוי מתפרשים בהקשר. כאשר ביוש נעשה בתגובה להפרת נורמות באותה חברה, פרסומו עולה כדי "ביוש המכוער", ועל פי רוב ראוי להסיר את הקישור לתוצאה המקשרת אליו ממנועי החיפוש לאחר שנה. אולם אפשר שהתנהגות מסוימת לא ראויה באותה חברה, ופרסומה משפיל אדם בעיני הבריות, אולם בחברה אחרת היא אינה מפירה נורמות, ופרסומה אינו נתפס כלל כמשפיל או מבזה.³²³ דיני לשון הרע אינם חלים בחלל ריק, והם מתבוננים על הפרט בהקשר.³²⁴ בחינת לשון הרע

317 ראו Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 S.C.C 34 [2017].

318 להרחבה על גוף זה ראו לעיל ה"ש 170 והטקסט הצמוד אליה.

319 Lee, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1042–1045 (מתייחס לקווים המנחים של Working Party, art. 29 Data Prot. Party, לעיל ה"ש 168).

320 Natasha Lomas, *Google's Right to be Forgotten Appeal heading to Europe's top Court*, 320 TECHCRUNCH (Jul. 19, 2017) tcrn.ch/2GmCPws.

321 ראו Andrew K. Woods, *Litigating Data Sovereignty*, 128 YALE L. J. 328, 343 (2018). כן ראו Mark D. Cole, *Recent Developments and Overview of the Country Reports*, 3 EUR. DATA PROT. L. REV. 369, 370 (2017).

322 Owen Bowcott, *Right to be Forgotten' by Google Should Apply Only in EU, Says Court*, 322 Opinion, THE GUARDIAN (Jan. 10, 2019) bit.ly/2De27dZ.

323 לדוגמה הגשת קינוח בתוך נעל יכולה להיתפס כאמנות במדינה אחת וכהשפלה במדינה אחרת. ראו איתמר אייכנר "קינוח בנעליים לראש ממשלת יפן: חוסר כבוד ממדרגה ראשונה" Ynet (7.5.2018) bit.ly/2KwECD2.

324 מיכל לביא אחריות מתוכי תוכן לעוולות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה 67–68 (2018) (להלן: לביא אחריות מתוכי תוכן). לדוגמה, נפגע יכול להיות זכאי לפיצוי בגין לשון הרע אם הביטוי

נתפסת אובייקטיבית-חברתית. כך, חוק איסור לשון הרע מגדיר לשון הרע: "דבר שפרסומו עלול להשפיל אדם בעיני חבריו".³²⁵ כדי שסעד הסרת הקישור יגשים את תכלית החוק, די בהסרת ביטוי שהחברה תופסת כמבייש את אותו האדם. הסרת הביטוי במקום שבו הוא אינו מבייש חורגת מתכלית החוק.

שנית, זכות גלובלית להישכח כופה על מדינות ערכים ונורמות של שיטות משפט אחרות, עלולה לפגוע בעקרונות יסוד במדינות אחרות,³²⁶ ועל פי רוב אינה ראויה. הסרה גלובלית פוגעת בסוברניות של המדינות אשר כל אחת מתאפיינת בערכים משלה ומתווה איזונים שונים בין ערכים. כך, בעניין הזכות להישכח האירופי הכריע לטובת הזכות לפרטיות והגנת מידע אישי באיזון מול חופש הביטוי, ואילו בארצות הברית האיזון שונה, ולחופש הביטוי מקום של בכורה.³²⁷ בשל ההבדלים בערכים ובאיזונים בין מדינות ראוי שלא להחיל את הזכות להישכח החלה גורפת אלא להביא להסדרה רגישה לדין ולנורמות מקומיים שתאפשר הסרה של תוצאות החיפוש רק בדומיין המקומי.

שלישית, הסרה גלובלית עלולה להביא לצנזורה לא מידתית ולפגוע בטובין של האינטרנט ובשוק הרעיונות.³²⁸ הסרה מהדומיין המקומי בלבד והגבלת הסעד להקשר העיקרי שבו אותו אדם פרטי פועל היא ערפול המידע, בדומה לעיקרון שבבסיס הזכות להישכח, שלפיו יוסר הקישור ממנוע החיפוש הסרה שאינה גורפת והמידע עדיין ייוותר באתר. ערפול יחסי זה מביא לתוצאה מידתית.

בנקודה זו אפשר לטעון כי הסרה מהדומיין המקומי בלבד יכולה לפגוע באדם גלובלי הפועל בכמה מדינות ותביא לפער בהיקף ההגנה שיינתן לו לעומת היקף ההגנה שיינתן לאדם הפועל בהקשר מקומי יחיד, ובכך ייפגע השוויון בין פרטים בחברה. מנגד אפשר לטעון כי אותו אדם גלובלי יוכל לנסות לבקש למחוק את הביטוי מאתר האינטרנט עצמו, אם הוא ביוש "רע",³²⁹ או לנסות לפנות בבקשת הסרה למנועי החיפוש בכל הקשר והקשר שבו הוא פועל. אולם מנגד ניתן להשיב כי אף אם יצליח אותו אדם להביא להסרה מכל

נתפס בלשון הרע בחברה שבה נאמר אף אם אינו נתפס כך בעיני כלל הציבור. ראו לדוגמה תא"מ (שלום ראשל"צ) 10020-10-12 קוביסי נ' מדמוני (פורסם בנוב 20.11.2014) (הביטויים "דתן ואברם" נתפסו כלשון הרע בחברה שבה נאמרו, ונפסקו פיצויים לטובת התובע).

325 ראו ס' 1(1) לחוק איסור לשון הרע.

326 לדוגמה, כפיית מחיקה גלובלית גם מתוצאות החיפוש בארצות הברית עלולה לפגוע בזכות לחופש ביטוי שם, מאחר שהזכות לחופש ביטוי מתפרשת שם בהרחבה. ראו Kristen Eichensehr, *Digital* Switzerland, 167 U. PA. L. REV. (forthcoming, 2019), available at bit.ly/2GbmNM ("companies might fight government orders, especially when purportedly local law infringes on the rights of users outside the ordering country").

327 לאיזון השונה בנוגע לחופש הביטוי והזכות לפרטיות באירופה ובארצות הברית ראו Pollicino & Bassini, לעיל ה"ש 178.

328 Balkin, *Algorithmic Society*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1203–1204 (התייחס ליתרונות של ערפול על פני הסרה גורפת. דברים אלו נכונים גם בנוגע להסרה מהדומיין המקומי בלבד. השארת הביטוי בדומיין אחרים אף תאפשר ללמוד על תרבויות שונות ולפתח את שוק הרעיונות. הסרה גלובלית תביא למרוץ לתחתית מאחר שהיא תאפשר למשטרים לא דמוקרטיים להשליט את הנורמות שלהם על כל האינטרנט).

329 הרחבתי לעניין זה בחלק הבא למאמר. אם הדברים יוסרו מהאתר, הם לא ישתקפו במנועי החיפוש לאחר תקופה.

ההקשרים שבהם הוא פועל, אין די בכך כדי לרפא את היעדר השוויון לעומת אדם שפועל בזירה יחידה. הגשת בקשות הסרה בכל הדומיינים המדינתיים שבהן אותו פרט פועל היא נטל כבד, והיעדר השוויון נותר.

אשיב לקושי זה כי על כל כלל להיבחן אל מול החלופה. הסרה גלובלית של קישורים מתוצאות החיפוש תוביל ל"מרוץ לתחתית" של הסרת יתר של קישורים מכל האינטרנט בתוך כדי כפייה גלובלית של נורמות הנוהגות במדינות שבהן חופש הביטוי מוגבל בהגבלה המחמירה ביותר ותוביל לפגיעה לא מידתית בזרימות מידע.³³⁰ כך למרות הפגיעה היחסית באדם הגלובלי, הסרת מידע רק מהדומיין המקומי, שהיא למעשה ערפול מידע, מביאה לאיזון טוב יותר בין זכויות יסוד ולתוצאה ראויה.

רביעית, הגבלת ההסרה לדומיין המקומי תגביר את הסיכוי לציות לבקשות הסרה ולא תהא בבחינת "תפסת מרובה – לא תפסת". ניסיון העבר מלמד כי במקרים שבהם נתבקשה אכיפה גלובלית, ומדינות ביקשו לכפות ערכיהן על אחרות, מתווכים לא כיבדו בקשות הסרה, לא צייתו לצו בית משפט של המדינה הכופה ואף הצליחו לקבל פסקי דין התומכים בהחלטותיהם שלא לציית בבתי המשפט של המדינה הנכפית.³³¹ לפיכך גם השיקול הפרגמטי תומך בהגבלת ההסרה לדומיין המקומי של מנוע החיפוש.

2. הסרת ביוש "רע" גם מאתר האינטרנט

בחלק הקודם הראיתי כי ביוש אינו מקשה אחת, ולפיכך תפיסה דיכוטומית של "זיכרון" או "שכחה" אינה ראויה. התווית קווים מנחים דיפרנציאליים להסרת קישורים מתוצאות החיפוש, המהווים ביוש. קווים מנחים אלו יתחשבו בסוג הביוש, יאפשרו לרוב המבושים רברסיביליות ויקדמו את מימוש מטרות הביוש.

הפתרון שהוצע הוא ערפול המידע המבייש מתוצאת חיפוש שמו של המבוש. אולם המידע עדיין נותר על גבי הפלטפורמות המקוונות, ופעמים רבות אפשר לאתרו במנועי החיפוש הפנימיים באתרים או באמצעות האשטאגים (#) בעיקר אם תויגו בידי משתמשים.³³² ערפול התכנים יכול להיות נקודת איזון ראויה כאשר מדובר בביוש "טוב"

³³⁰ Balkin, *Algorithmic Society*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1205.

³³¹ Balkin, *Triangle*, לעיל ה"ש 245, בעמ' 2037. לדוגמה, בפרשת Equustek, גוגל עתרה לבית המשפט האמריקני לחסימת הצו הקנדי להסרה גלובלית של קישורים. בית המשפט האמריקני נתן צו מאחר שפסיקת בית המשפט העליון בקנדה מנוגדת לסעיף 230 לחוק המהוגנות בתקשורת (ראו לעיל ה"ש 250). אולם בהמשך ניסיונות גוגל לדחות את הצו בקנדה נכשלו. ראו Equustek Solutions Inc. v. Jack, B.C.S.C 610 [2018]. בהקשרים משיקים בקשות הסרה נרחבות מכל הדומיינים לא נאכפו בסופו של דבר. ראו Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 169 F.Supp. 2d 1188 (2001); Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 379 F.3d 1120 (2004). 678. בפרשה זו נתבעה יאהו צרפת בבית המשפט הצרפתי כדי למנוע גישת גולשים צרפתיים לחומר אנטישמי אסור על פי הדין הצרפתי באתר yahoo.com. בית המשפט הצרפתי העניק צו מניעה. יאהו פנתה לבית משפט אמריקני בתביעה להצהרה כי הצו לא ניתן לאכיפה בארצות הברית. בית המשפט בארצות הברית קיבל את התביעה מאחר שפסק הדין מנוגד לערך של חופש הביטוי לפי החוקה האמריקנית. ערכאת הערעור לא התירה את אכיפת פסק הדין מטעמים פרוצדורליים.

³³² האשטאג הוא הצהרה קצרה שיוצרת קטגוריה, או מסכמת את הפוסט לצד סימון של סולמית לפני מילת המפתח הרלוונטית כדי לאפשר לאותה מילה להימצא בקלות. ראו Twitter Help Center, *Using*.

ו"ביוש המכוער", מאחר שהוא מותיר ביטויים נכונים ולגיטימיים על גבי האינטרנט. במקרים אלו, אף אם בשל התפתחות הטכנולוגיה הערפול אינו תמיד יעיל, ערפול יחסי מהווה איזון ראוי בין חופש הביטוי לזכות לכבוד ולפרטיות.³³³ אולם באשר לביוש "רע", פעמים רבות המידע אינו נכון, לעיתים הפצתו עולה כדי עבירה, או שהוא מתפתח לכדי עבירה או עוולה בתהליך ההפצה, ולפיכך לא ראוי להסתפק ב"ערפול", ונדרשת נקודת איזון שונה.

על פי הדין בארץ, ברוב המקרים של פרסום ביוש "רע", מבויש שיבקש ממתווך התוכן להסיר את הפרסום יוכל להביא להסרתו לפי נוהל הודעה והסרה.³³⁴ אולם במקרים רבים הביטוי מתפשט ברשתות ומופץ לקהל רחב, בלחיצת כפתור. כדי להביא להסרה ייאלץ המבוש להצביע על כל מיקום שאליו הופץ הביטוי, ומשימה זו יכולה להיות בלתי אפשרית. בינתיים ימשיך הביטוי השקרי להתפשט במהירות רבה אף מהתפשטות ביטוי שהוא אמת.³³⁵ כדי לאפשר סעד יעיל יותר באשר לביוש "רע", מוצע לקדם הסרה יעילה אקס פוסט באמצעות עיצוב הקוד הטכנולוגי של מנגנוני שיתוף התכנים עצמם.³³⁶

הפתרון המוצע להתמודדות עם נזקי ביוש "רע", שנוצר בידי צדדים שלישיים, טמון בעיצוב מנגנוני שיתוף התכנים באופן שיאפשר הסרת כל המופעים שאליהם הופצו תכנים אקס פוסט עם הסרת הפרסום המקורי. כיום טכנולוגיות דוגמת לינק מוטמע (Embedded Link) מאפשרות "למשוך" תכנים חיצוניים ולהציג אותם באתר אחר או בפרופיל האישי ברשתות, כאשר הצגתם תלויה בהצגת התכנים במקור.³³⁷ שיתוף תכנים באמצעות קישור

Hashtags on (last visited Apr. 13, 2019) bit.ly/2UY0nQ0. להרחבה ראו SUNSTEIN, #REPUBLIC, לעיל ה"ש 12, בעמ' 4.

333 אם אדם תוג בהפצה ברשתות החברתיות, קל יותר למצוא מידע מבייש על אודותיו ברשתות חברתיות דוגמת פייסבוק וטוויטר. וייתכן כי הערפול יעיל פחות מבעבר. אולם לא בכל הפצת מידע מתווג מושא המידע, ולא תמיד הוא חבר ברשת חברתית. לדוגמה, כיום רוב משתמשי הפייסבוק הם מעל גיל 18, ולכן הבעיה של תיוג חברים ברשת החברתית רלוונטית לפחות נפגעים. ראו "שימוש בפייסבוק – נתונים דמוגרפיים ודפים מובילים" איגוד האינטרנט www.isoc.org.il/sts-data/10582 (נצפה לאחרונה ביום 2.2.2019). כמו כן סעד של מחיקה מוחלטת יהווה פגיעה לא מידתית בטובין האינטרנט, כך גם לגבי מחיקת ביוש "טוב" ו"ביוש המכוער" ברמת האתר. במקרים שבהם המידע הוא אמת, הגישה של ערפול רצויה מאחר שהותרת המידע על האינטרנט אינה מצנזרת את הביטוי לחלוטין, מאפשרת מחקר עתידי בשימוש במידע אודותיו וכן לאתרו באמצעות השקעת משאבים בחיפוש, ככל שהפך לרלוונטי (לדוגמה, לשמש ראיה בהליך משפטי מאוחר יותר).

334 ראו לעניין זה לעיל תת-פרק ב.3(ג).

335 ראו את הממצאים במחקר ערכני לפיו ציורים שקריים בטוויטר התפשטו מהר מאמיתות: Soroush Vosoughi, Deb Roy & Sinan Aral, *The Spread of True and False News Online*, 359 SCIENCE 1146 (2018).

336 ראו LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.06, 123–125 (2006).

337 JONES, לעיל ה"ש 90, בעמ' 187, התייחסה לאלמנט חשוב בעיצוב – data tethering. לכן כאשר המקור משתנה הדבר משתקף בכל שרשרת ההפצה. לדיון והרחבה לעניין לינק מוטמע בהקשר משיק (קניין רוחני) ראו Toby Headdon, *An Epilogue to Svensson: The Same Old New Public and the Worms* (מחוזי ת"א) (2014) 662, 666 INTEL'L PROP. L. & PRACTICE; that Didn't Turn, J. (מחוזי ת"א) 33227-11-13 א.א.ס. יונייטד אנטרטיינמנט נ' BLOOMBERG Inc., פס' 45 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.5.2015).

למקור או הטמעת המקור בטקסט אף תאפשר לפרט המפרסם תכנים, להסירו מכל המופעים שאליהם התפשט עקב חרטה.

כבר כיום לחיצה על "שתף" או "צייץ מחדש" ברשתות החברתיות פייסבוק וטוויטר מובילה להטמעת התכנים בפרופילים של החברים או העוקבים של המפיץ בתוך כדי קישור לתכנים במקור. כך, עם הסרת המקור יוסרו השיתופים. בפלטפורמות אלו משטר של הודעה והסרה מביא להסרה יעילה יותר. אולם הבחירה באשר לאפשרויות שהטכנולוגיה יוצרת היא עניין ערכי, וכל מתווך מעצב את הפלטפורמה ומטמיע את הקוד לפי מטרותיו.³³⁸ השוק אינו מקשה אחת, ויכולות להיות בו מגמות וגישות שונות כלפי הסרה ומחיקה של תכנים.³³⁹

בשל נזקי שיתוף תכנים מביישים בפלטפורמות רשתות חברתיות נראה כי אין להסתפק בהסרה וולונטרית. הבניה אחריותית של מנגנוני ההפצה וההסרה בפלטפורמה מעצבת את אפשרויות ההסרה ישירות. לפיכך ראוי לתמרץ אותה באמצעות הדין הפורמלי. לפי הפתרון המוצע, יחול על המתווכים בפלטפורמות של רשתות חברתיות משטר הודעה והסרה לפי הצעות החוק. אולם מתווך שמתווה מנגנונים ומאפשר הפצה משנית לקהל נמענים רחב בלחיצת כפתור יזכה ליהנות מנמל המבטחים או ההגנה רק אם יקל הסרה יעילה של המופעים שבהם שותפו התכנים ברשת החברתית. כך, הנפגע מביוש "רע" לא יאלץ לשלוח הודעה נפרדת לכל מופע. התנאת נמל המבטחים בהטמעת אמצעים להסרה יעילה כאמור תצמצם במידה ניכרת את נזקי הנפגע. הפתרון המוצע אף יביא להגברת השליטה במידע בידי המפרסם, שיוכל להסיר את הביטוי שהוא יוצר.

בנקודה זו אפשר לטעון כי התנאת נמל המבטחים בהטמעת מנגנונים להסרה יעילה פוגע בחופש העיסוק של המתווך לעצב את מנגנוני הפלטפורמה והיישומים בה כרצונו.³⁴⁰ אולם

338 ראו Nancy S. Kim, *Website Design and Liability*, 52 JURIMETRICS. 383, 402–403 (2012).
 339 הגישות להפצת תוכן אינן אחידות, ואפשר שישתנו עם הזמן הן בפלטפורמה או באפליקציה נתונה והן בשוק בכללותו. לדוגמה: רק לאחרונה מאפשרת האפליקציה ווטסאפ (שאינה מתווך תוכן, אך יכולה להביא להתפשטות ביטוי בדומה לו) למשתמש שהתחרט על משלוח ביטוי למחוק אותה. אולם אפשרות זו תקפה רק בחלון זמן מוגבל לאחר המשלוח, ואם הנמען ראה את המסר בינתיים והעבירו הלאה, היא לא תביא למחיקה מכל המכשירים שאליהם נשלח הביטוי בינתיים. ראו רונן מנדויצקי "ווטסאפ משיקה אפשרות למחיקת הודעות לאחר שנשלחו" גאדג'טי (27.10.2017); bit.ly/2G8Omhs; הילה חיימוביץ "שימו לב: ווטסאפ עשויה להגביל את חלון הזמן שלכם למחוק הודעות שנשלחו" *Geektime* (17.10.2018); bit.ly/2xGTFAT. יצוין שהאפליקציה גם החלה להגביל את מספר הנמענים שאליהם יישלח המסר ולהביא לכחילה להאטת התפשטותו. ראו יאיר מור "מעבירים הודעות ווצאפ לכל העולם? מעכשיו יש הגבלה" *Nexter – Mako* (22.7.2018); bit.ly/2GkgVdd; שגיא כהן "ווצאפ נלחמת בפייק ניוז: העברת הודעות תוגבל לחמישה נמענים בבת אחת" *The Marker* (21.1.2019); bit.ly/2KBxVj2. פתרון זה יכול להאט התפשטות ביוש "רע" אך גם התפשטות ביוש "טוב" ו"ביוש המכוער" וידיעות חדשותיות שיש עניין לציבור בנוגע להם, לכן נראה כי עדיפה הסרה בדיעבד. עדכון אחר באפליקציה מסייע למקבל הודעה להעריך את אמינות המסר באפשרויות הודעה שהועברה ולא חוברת ישירות בידי מי שהעביר אותה. ראו גלי פיאלקוב "ווטסאפ הוסיפה תכונה שתאפשר לזהות הודעות מועברות" *אנשים ומחשבים* (11.7.2018); www.pc.co.il/featured/270487. אולם ייתכן כי אאמין להודעה שהועברה אלי מחברה/שאיני מכירה אף אם אינם מחברי ההודעה, בשל האמון בהם ובשיקול דעתם בהפצת ההודעה.

340 על החופש לניהול עסקים ומתווכים ראו לביא *אחריות מתווכי תוכן*, לעיל ה"ש 324, בעמ' 126.

היקף הזכות לחופש העיסוק אינו מוחלט, ויש לבחון את הסיכון בפעילות המתווכים³⁴¹ אל מול מידתיות המגבלות על פעילותם. הבניה אחריותית של מנגנונים שונים בהקשר הטכנולוגי במסגרת הדין כבר קיימת בהקשרים משיקים³⁴² ובתי משפט הגיעו בהקשרים שונים למסקנות שונות באשר למידתיותה של הטלת חובות על מתווכים באשר להטמעת אמצעים טכנולוגיים שישפרו הגנה על זכויות.³⁴³

לענייננו, מנגנוני ההפצה של הפלטפורמה מגבירים במידה רבה את הסיכון לנזק כבד מהתפשטות ביוש "רע". ההצעה בנוגע להסרה יעילה אינה מורה למתווך אילו אמצעים טכנולוגיים לנקוט כדי להגיע להסרה יעילה. נוסף על זה היא אינה מטילה אחריות אוטומטית בהיעדרה אלא מתנה את נמל המבטחים בהתקנת אמצעים אלו. מתווך שיטמיע אמצעים להסרה יעילה של תכנים מהמיקומים שאליהם שותפו יצמצם חשיפתו לאחריות. אומנם נקיטת דרך שונה לניהול סיכונים ובחירה להימנע מהטמעת אמצעים כאמור תמנע מהמתווך לזכות בחסינות על פי חוק ותחשוף אותו לאחריות, אולם לא תוביל לאחריות אוטומטית לביוש "רע", וזו תיבחן לגופו של עניין. לפיכך נראה כי הסדרה זו מידתית, ופגיעתה בחופש העיסוק אינה עולה על הנדרש.

פתרון של הבניה אחריותית של מנגנוני השיתוף יועיל להסרת שיתופים של משתמשים שבחרו לשותף תכנים שהם ביוש "רע" באמצעות מנגנון השיתוף. אולם לפתרון מגבלות: כל משתמש שחפץ בכך יוכל ליצור "מקור" נוסף לדברים בהעתקת הפרסום המקורי כפוסט עצמאי מבלי להשתמש במנגנון זה. ככל שהפרטים שיבחרו בדרך זו יהיו רבים יותר, כן תיפגע יעילות מנגנון ההודעה וההסרה, מאחר שהנפגע יאלץ לשלוח כמה הודעות הסרה. אולם אף שבעידן הדיגיטלי קל להעתיק תכנים ולהדביק למיקום אחר, פעולה זו כרוכה במחשבה ועדיין מסורבלת מלחיצה על כפתור "שתף". לפיכך רובם המכריע של המשתתפים ביוש "רע" ייצמדו לסטטוס קוו הטכנולוגי בפלטפורמה ויימנעו מדרכים אחרות להפצה.³⁴⁴ מפיצים המבקשים להקשות הסרה בדעיבד באמצעות יצירת עוד "מקור" לביוש אומנם יכולים להעתיק את התוכן ידנית, או לצלם מסך, אולם מספר ההודעות שהנפגע יאלץ לשלוח למתווך יהיה קטן במידה ניכרת מזה של אלו שהיה עליו לשלוח בהיעדר מנגנון הפצה מבוסס-קישור.

341 HARTZOG, PRIVACY'S BLUEPRINT, לעיל ה"ש 123, בעמ' 121 (מציין שלחברות צריך להיות חופש לעצב טכנולוגיות כרצונן כל עוד הן לא עברו סף מסוים, והן עומדות בדרישות בסיסיות של בטיחות ודיוק אך נותרות אחראיות להחלטות בנוגע לעיצוב מסוכן או מנצל לרעה).

342 לדוגמה, התפיסה של הגברת השמירה על פרטיות באמצעות עיצוב, שאומצה ב-GDPR (לעיל ה"ש 174, בס' 25 "Data protection by design and by default"). כן ראו HARTZOG, PRIVACY'S BLUEPRINT, לעיל ה"ש 123, בעמ' 51–55; Edwards & Veale, לעיל ה"ש 175, בעמ' 67.

343 לדוגמה, בעניין חשבים (לעיל ה"ש 82), נקבע כי התניית גישה למאגר פסיקה של בית המשפט באיסור אינדוקס אינה מידתית. בדומה לזה קבע בית הדין האירופי לצדק כי צו הדורש התקנה של אמצעים לסינון תקשורת אלקטרונית לא מידתי. ראו Case C-70/10 Scarlet Extended Sa v. Sabam Srl, 2011, E.C.L.I EU, C 2011 771.

344 RICHARD THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE – IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH WEALTH AND HAPPINESS 8 (2009) (מסבירים כי ברירות המחדל מהוות הקשר המשפיע על פעילות אנושית. הנטייה האנושית היא להישאר בסטטוס קוו).

נוסף על זה, ייתכן כי יוזמות משלימות של ענקיות המדיה החברתית ישפרו את הפתרון אם תחלוקנה ביניהן טביעות אצבע דיגיטליות של מידע שהוסר בפלטפורמות בבעלותן, ובכך תתאפשר הסרה יעילה של מידע מזיק זה בפלטפורמות נוספות. יוזמות אלו כבר מתפתחות בהקשרים משיקים³⁴⁵ ויכולות לסייע להסרה יעילה של "ביוש רע" במקרים חמורים, אף אם התפשט והופץ בפלטפורמות שונות שלא באמצעות כפתור "שתף". התוצאה שתתפר עם התפתחות הטכנולוגיה וככל שאתרים רבים יותר יצטרפו ליוזמה. ליוזמות אלה חסרונות: הן עלולות להביא לסינון יתר ולהסרת תכנים לגיטימיים שנויים במחלוקת אף שאינם ביוש "רע".³⁴⁶ לפיכך ראוי שיופעלו בצמצום רק לאחר שהתכנים כבר הופיעו ברשת³⁴⁷ ורק בנוגע לביוש "רע" על פני הדברים.³⁴⁸ ייתכן אף כי ראוי להחילן רק על ביטויים שבית המשפט הכריע שאינם מוגנים ובכך לצמצם הסרת יתר. כמו כן ראוי לחייב את המתווכים בשקיפות באשר להיקף ההסרה בין שההסרה וולונטרית ובין שהיא לפי דין.³⁴⁹

345 Julia Fioretti, *Web Giants to Cooperate on Removal of Extremist Content*, REUTERS (Dec. 6, 2016, 1:10 AM) reut.rs/2Zc2FL0; Julia Fioretti, *Ressured in Europe, Facebook Details Removal of Terrorism Content*, REUTERS (Jun. 15, 2017, 8:36 PM) reut.rs/2P7s2bV אף משתמשת בבינה מלאכותית כדי לשפר את מנגנון ההסרה). כן ראו Julia Fioretti & Lily Cusack, *EU Urges Internet Companies to do More to Remove Extremist Content*, REUTERS (Dec. 6, 2017, 9:14 PM) reut.rs/2Ise6rI (המתייחסות למאגר מידע שיצרו ענקיות האינטרנט בשם "טרוריסט", שמכיל דמויות וסרטונים של יותר מ-40 אלף טביעות אצבע דיגיטליות של תכנים מזיקים). בהקשר של פורנוגרפיית נקם ראו שגיא כהן "נגד פורנו נקמה: פייסבוק מבקשת תמונות עירום" *Ynet* – דיגיטל (9.11.2017) bit.ly/2ItMDpH (בעניין זה מתבקשות התמונות מראש בטרם אירעה ההפצה כדי למנוע העלאתן לכתחילה). פלטפורמות גם חולקות טביעות אצבע דיגיטלית למניעת הפצה חוזרת של פורנוגרפיית נקם. ראו Citron, *Sexual Privacy*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 67; Klein & Flinn, לעיל ה"ש 290, בעמ' 79–81 (במסגרת דיון בהסרת תכנים שהם הסתה לביצוע מעשי טרור השוו הכותבים סוגיה זו לשימוש בטביעות אצבע דיגיטליות למיגור תכנים של פורנוגרפיית ילדים ביצירת מאגר על ידי National Center for Missing and Exploited Children בארצות הברית, שמאפשר למתווכים שמעוניינים לשפר את האכיפה, להביא להסרה יעילה ולמניעת טעינה חוזרת של התוכן לאתר באמצעות Microsoft PhotoDNA. אולם ציינו כי בעת הזו, ספק אם שיטה זו תוכל לפעול ולהביא לדיוק וליעילות בנוגע לתכנים שהם ביטוי ולא תמונה. לעניין זה ראו לעיל ה"ש 292 והמקורות המאוזכרים שם.

346 Danielle K. Citron, *Extremist Speech: Compelled Conformity and Censorship Creep*, 93 NOTRE DAME L. REV. 1035 (2018) (להלן: *Citron, Extremist Speech*). ייתכן כי ככל שהשימוש בבינה מלאכותית ולמידת מכונה יגבר, כן יתאפשר יישום מדויק גם בנוגע לביטוי. בהקשרים משיקים ראו Elkin-Koren, לעיל ה"ש 292, בעמ' 1097 (התייחסה לזכויות יוצרים ושימוש הוגן).

347 מתווכים יכולים להביא לכך שתכנים לא יפורסמו כלל באמצעות בדיקתם אל מול מאגר טביעות האצבע הדיגיטלי בזמן שהם נטענים לאתר. אולם מניעת גישה לתכנים אקס אנטה עלולה להביא להסרת יתר, בהיעדר שקיפות, והיא אינה ראויה.

348 יצוין שבנוגע לתוכן הסתה וטרור מתווכים כבר התוו קווים מנחים להסרת תכנים המופיעים במאגר טביעות האצבע הדיגיטליות. לפיכך ייכללו בו רק התכנים הקיצוניים ביותר, והם לא יימחקו מייד מהאתרים של הפלטפורמות המשתתפות אלא יפורסמו, ובדיעבד כל פלטפורמה תעבור על התוכן המתויג ותבחן אותו לפי מדיניותה. ראו Citron, *Extremist Speech*, לעיל ה"ש 346.

349 להצעה דומה לשקיפות ראו טל ז'רסקי "שקיפות בסינון תכנים הצעות לפעולה" *חוקים* ב 133 (2010). כן ראו Citron, *Extremist Speech*, לעיל ה"ש 346. בהקשר משיק במסגרת הערעור על פסיקת בית המשפט

ה. המודל המוצע – מגבלות וביקורות

מאמר זה תיאר את אתגרי הביוש בעידן הדיגיטלי ואת הנזקים הדיגיטריים שהוא גורם והציע מודל להקלת נזקים אלה אף אם אינם תוצר של עבירה או עוולה. למודל המוצע מגבלות והוא אינו נקי מקשיים. בחלק הזה אתייחס אליהם.

1. שרירותיות קביעת פרק זמן אחיד של שנה מיום הפרסום להסרת קישור ל"ביוש המכוער"

אפשר לטעון כי קביעת פרק זמן של שנה, שלאחריה יוכל הסובל מ"ביוש המכוער" לבקש להסיר את הקישור לתוכן המבייש ממנוע החיפוש, היא שרירותית ואינה מבחינה בין הפרות שונות של נורמות שיכול שתהא להן חומרה משתנה. נוסף על זה אפשר לטעון נגד תקופת זמן של שנה עד להסרת "ביוש המכוער" כי היא קצרה מדי. במקרים מסוימים עלולה הסרת הקישורים לתכנים מתוצאות החיפוש לפגוע בזרימות מידע ובקבלת החלטות יעילה בנוגע להתקשרות עם ספקים ושרותים. לדוגמה, כאשר בעל עסק שנכתבה עליו חוות דעת שלילית המביישה אותו בעיני החברה יבקש את הסרת הקישור לביקורת לאחר שנה, והוא לא שיפר את דרכיו, התוצאה עלולה להיות נזק לצרכן. זאת ועוד, אפשר לטעון כי תקופת זמן של שנה עד להסרת קצרה מדי גם באשר להסרת קישור לביוש בגין מעשה שהוא בניגוד לדין והיא תפגע ביעילות הביוש.

אשיב לביקורת זו כי פרק זמן של שנה שבמהלכו המבויש "המכוער" שביוש בגין התנהגות מכוערת, זוכה לגינוי, ובסיומו יוכל להימחק מהביוש יוצר מעין "יום כיפורים": בדומה למסורת היהודית, שבה אחת לשנה, ביום הכיפורים, האל מוחל לפרט ומאפשר לו לפתוח דף חדש. שנה היא פרק זמן ארוך בחייו של אדם פרטי הנמנה עם "האנשים הרגילים". הותרת הקישור לביוש בתוצאות החיפוש במשך שנה יכולה להשפיע השפעה ניכרת על כבודו בעיני החברה ועל משלח ידו, ותקופת זמן זו יכולה להביא למימוש מטרות

המחוזי בע"א 815/18 Facebook Inc נ' לן (פורסם בנבו, 17.7.2019), עתיד בית המשפט העליון לדון בשאלה האם פייסבוק היא גוף דו מהותי והאם יש לחייבה בחובות מהמשפט הציבורי דוגמת שקיפות והליך הוגן. זאת, עקב בקשת התנועה לחופש המידע, המיוצגת על ידי הקליניקה לזכויות אדם במרחב הסייבר באוניברסיטה הסייבר באוניברסיטה העברית, להצטרף להליך כידיד בית המשפט. במסגרת בקשתה עוררה התנועה את שאלת הסיווג של פייסבוק בשנית (בקשת ההצטרפות כידיד בית המשפט בעניין לן [\(\(bit.ly/2z3ZjxD\)\)](https://bit.ly/2z3ZjxD). זאת לאחר שהשאלה הועלתה באמרת אגב בהכרעת בית המשפט המחוזי בעניין זה אשר סבר כי לא הורם נטל השכנוע כי פייסבוק היא גוף דו מהותי (ת"א (מחוזי ת"א) 50870-05-15 לן נ' Facebook Inc (פורסם בנבו, 14.12.2017)). לאחרונה אף הצטרף להליך זה היועץ המשפטי לממשלה, ראו שם, החלטה מיום 25.7.2019. במידה שייקבע בערעור כי פייסבוק היא גוף דו מהותי, ייתכן שתהיינה השלכות גם באשר למעמדם של מתווכים מרכזיים אחרים דוגמת מנוע החיפוש גוגל, ואפשר שיחויב לפי דין בחובות שקיפות והליך הוגן כגוף דו מהותי. יצוין כי כבר כיום מפרסמת גוגל דו"ח שקיפות בנוגע לבקשות הסרה לפי דין והיקפן, אולם פרסום זה וולונטרי ואינו נובע מחובה משפטית לפרסום דו"ח שקיפות. ראו Google's Transparency Report bit.ly/2DcxnKB (last visited Feb. 2, 2019). הדו"ח מתייחס פרטיקולרית להסרת קישורים לפי ההסדרה האירופית בנושא הגנת מידע. לפי הדוח, יותר ממחצית הבקשות נדחות. ראו Delisting URLs from Google Search for privacy [./bit.ly/2PcngKw](https://bit.ly/2PcngKw).

הביוש. מנגד, בין השאר בשל העלייה בתוחלת החיים, הותרת הביוש בתוצאות החיפוש במשך שנה לרוב לא תוביל לנזק לא הפיך ולא תדיר את הפרט מהחברה באופן שבו לא יוכל להשתלב בה בעתיד.

ואולם, פרק הזמן להסרת קישורים ל"ביוש המכוער" היה יכול להיות שונה (לדוגמה, שנה וחצי, תשעה חודשים), ואפשר לטעון כי הוא שרירותי. עם זאת אין בכך כדי לשמוט את הבסיס לקביעה אחידה של פרק זמן להסרת "ביוש המכוער". המודל מבחין בין סוגים של ביוש ויוצר להם מדרג. פרק זמן אחיד להסרת קישורים ל"ביוש המכוער" עדיף על פני חלופות אחרות של יצירת מדרג דיפרנציאלי פנימי בתוך הקטגוריה של "ביוש המכוער" להסרת קישורים לפי חומרת ההפרה שבגינה ביוש הפרט. חלופה זו תרוקן את המודל מתוכן, מאחר שהיא תאלץ את מנועי החיפוש ואת בתי המשפט להכריע בנוגע למהות הביוש של המכוער בכל מקרה נתון ולא רק במקרים חריגים.

נוסף על זה, כאשר ביוש המכוער מתבצע בגין הפרת נורמות שאינן עולות כדי הפרת הדין הפילי (שמתווה מדרג של ענישה), קשה עד בלתי אפשרי לקבוע להפרות מדרג אחיד, מאחר שחומרת ההפרה היא תלוית-תרבות, ואף יכולה להשתנות בין פרטים שונים. יכול שיהיה ביוש בגין מעשה שהוא הפרת נורמה בעיני אדם אחד אך לא בעיני אחר, לדוגמה העמסת צלחות באוכל במזנון "הכול כלול" בלי כוונה לצרוך אותו.³⁵⁰ כמו כן במקרים רבים קשה לקבוע איזו הפרה חמורה יותר – חניה בחניית נכים או אמירה גזענית. יתרה מזאת, חומרת כל הפרה תלויה גם בנסיבות ביצועה.³⁵¹ לכן כל ניסיון ליצור מדרג של חומרה לא יהיה ישים ויוביל לתוצאות לא עקיבות של הסרת קישורים לביטויים מביישים בתוך כדי פגיעה בצדק, בוודאות וביעילות.

אשר לטענה שלפיה הסרת קישורים לביוש המכוער תפגע בנסיבות מסוימות בזרימות מידע ובקבלת החלטות יעילה בנוגע להתקשרות עם נותני שירותים, יש בה ממש.³⁵² אולם אין בה כדי לשמוט את הבסיס לסעד של הקלת הנזק הדיגיטרי שנוצר ב"ביוש המכוער" בחלוף שנה. בשונה מהסרה מיידית, ייתכן שלאחר תקופה של שנה אותו נותן שירותים שיפר את דרכיו והקלת הנגישות לתוכן המבייש ביחס אליו דרך מנועי החיפוש לא תהא מידתית ולא תשקף את המציאות העדכנית של אותו בית עסק.³⁵³

350 בעניין זה לפני כמה שנים הופץ בתפוצה רחבה ביוש שכותרתו "שפעת החזירים הגיעה לאילת", ובו מצולם אדם במלון באילת מעמיס מגש באוכל. מעשה זה אינו הפרת נורמות בעיני כל אדם.

351 לדוגמה, אף שכל ביטוי גזעני חמור, אין דומה פנייה ישירה לנותן שירות והטחה בפניו את מוצאו עם סטראוטיפ הקשור לו לבין כתיבת תגובת בלהט דיון בנוגע לפוסט בפייסבוק שבה מוזכר אגב אורחא מוצאו של אדם בהקשר סטראוטיפי. האם תמיד אפשר לטעון כי כתיבת התגובות לפוסט חמורה מחניה בחניית נכים? כשלעצמי אני מסופקת.

352 במקום אחר אף עמדתי על חשיבותן של ביקורות באתרי דירוג והצעתי כי אין מקום להסירן מהאתר עצמו, גם כאשר עולה טענת לשון הרע כלפי הביטוי (ראו זרסקי ולביא, לעיל ה"ש 195, בעמ' 680–682), אולם שם התמקדתי בסוגיה שונה ולא התייחסתי להסרה מיידית ואף לא להסרה מוחלטת אלא לערפול שרק מקשה את הנגישות לביוש לאחר שנה מיום פרסומו והדברים עדיין יהיו נגישים מתוך האתר עצמו ולא דרך שאלת החיפוש.

353 אם לא שיפר דרכיו, ייתכן כי יתווספו חוות דעת שליליות בנוגע אליו, והוא יצטרך להמתין שנה להסרת הקישור אליהן במנוע החיפוש, ומכל מקום, כל הביקורות, חיוביות לצד שליליות, יישארו באתר.

בנקודה זו אפשר לטעון כי כאשר בית העסק שיפר דרכיו, יתווספו ביקורות חיוביות של לקוחות עתידיים כלפי אותו בית עסק, הביקורת השלילית תידחק לאחריה, ויהיה קשה יותר לאתרה, וכך אותו בעל עסק יוכל לפתוח "דף חדש", וממילא יתייטר סעד ההסרה. אולם אין זה הכרח המציאות. לדוגמה, כאשר נכתבת על בית עסק רק ביקורת שלילית אחת, ואיש אינו כותב עליו ביקורות נוספות חיוביות, או שליליות, בהמשך, הקישור לביקורת השלילית עדיין יוכל להופיע בדף הראשון של תוצאות החיפוש.³⁵⁴ כמו כן אף אם יהיו מצבים שבהם חוות הדעת השלילית תידחק בשל התווספות חוות דעת נוספות, עדיין השפעתה יכולה להיות רבה בשל הטיית הנגטיביות.³⁵⁵ כך, אין בדחיקת חוות הדעת השלילית כדי לשלול סעד לפי דין שאף יקדם שוויון בין מבושים ויצמצם שרירותיות. סעד של הסרת קישורים לביקורת שלילית מתוצאות החיפוש אף לא יפגע לא מידתית באינטרס הציבורי, מאחר שהוא רק מערפל את הביקורת ומקשה נגישות ישירה אליה דרך מנועי החיפוש, אולם הביקורת נותרת באתר, ופרטים שייכנסו אליו ישירות, או דרך תוצאת חיפוש המבוססת על שם האתר, יוכלו להיחשף אליה.³⁵⁶

באשר לטענה כי הסרת קישור לביוש המתאר מעשה שהוא הפרת דין מתוצאות החיפוש תפגע במימוש הפוטנציאל של הביוש, אשיב כי במסגרת יישום המודל גם חשש זה מרחיק לכת. באשר להפרת דין מוכחת שהיא דיווח על פשעים ועבירות חמורות נגד גופו של הפרט, חריג האינטרס הציבורי ימנע את ההסרה. גם בנוגע לטענה לעבירה חמורה נגד גופו של הפרט שלא הוכחה, מנוע החיפוש אינו מחויב בהסרה אוטומטית בעקבות בקשת המבוש. בנקודה זו עולה שאלה בנוגע לעבירות או עוולות אחרות בדרגת חומרה פחותה לפי הדין (אף אם נורמטיבית המעשים חמורים):³⁵⁷ האם גם בנקודה זו ראוי לאפשר למנוע החיפוש להסיר את הדברים לאחר שנה? אשיב לשאלה זו בחיוב; בנוגע למקרים אלו פרסום המעשה יאפשר לחברה לגנות את אותו אדם בחומרה, ואפשר שהפצת הדברים אף תגיע למדיה המסורתית. נוסף על זה לעיתים יכול הפרסום אף להתניע את בירור הדברים במסגרת הליך משפטי. אם הטענות נגד אותו מבוש יוכחו בהליך המשפטי, תופעל כלפיו סנקציה נוספת לפי דין. במקרים אלו פסק הדין, שבו תיפרס המסכת העובדתית והמשפטית במדויק, יפורסם, ויהיה אפשר לאתרו במנוע החיפוש, בשונה מקישורים להפצה אקטיבית של מעשים שלא הוכחו. הביוש אפוא ימלא את מטרתו בהותרת הגיוני נגיש בתוצאות החיפוש במשך שנה ובהתנעת בירור משפטי.

354 מצב זה יכול להתרחש בשל ירידת קרנם של אתרי ביקורות ומעבר רוב הפעילות באינטרנט אל הרשתות החברתיות. כך, הביקורת מאתר הביקורות עולה לראש תוצאות החיפוש וביקורות עתידיות נכתבות בתור פוסטים בודדים בפייסבוק שאינם בהכרח משתקפים במיקום מרכזי. יצוין כי גם במסגרת פייסבוק אפשר לכתוב ביקורת על בית עסק, אולם פרטים רבים מעדיפים לכתוב פוסט בודד בנוגע לחוויה הצרכנית (שלא במסגרת המוגדרת כ"ביקורת"), וחוויות צרכניות אחרות אינן מתפרסמת בסמוך אליה.

355 להרחבה על הטיה זו ראו לעיל ה"ש 27 והטקסט הצמוד אליה.

356 ההנחה היא שמשמשים רבים נכנסים ישירות לאתרי ביקורות והשוואת מחיר כמו "זאפ השוואת מחיר", או דרך תוצאת חיפוש המבוססת על שם האתר, אך אז חוות הדעת השלילית אינה מוצאת מהקשר יתר חוות הדעת בתוצאת חיפוש ואינה מודגשת במיוחד.

357 לדוגמה, השלכת פסולת ברשות הרבים או אפילו מעשים העולים כדי הטרדה.

במקרים שבהם הדברים לא התבררו בבתי המשפט בשנה שבה הקישור לביוש נותר על כנו, יש לזכור כי הביוש מייצג רק גרסה אחת של השתלשלות העניינים, שייתכן שאינה מדויקת, אף שמושא המידע לא הוכיח כי הביוש הוא ביוש "רע".³⁵⁸ לפיכך הותרת הדברים בתוצאות החיפוש במשך שנה היא בעיניי איזון ראוי בין הרציונלים שבבסיס הביוש וכבוד המבוש, ואילו מסקנה אחרת תביא לתוצאות קשות יותר ולפגיעה דיגניטרית לא מידתית. אסכם אפוא כי אף שהסרת הקישור לתוכן המבייש לאחר שנה יכולה לפגוע בזרימות מידע, הסרה זו יוצרת איזון ראוי בין מימוש מטרות הביוש וחופש הביטוי לבין שמירה על כבוד הנפגע. אף אם קביעת זמן של שנה נראית שרירותית, הרי שהיא עדיפה על פני ניסיון ליצור מדרג של נורמות או נסיבות. היא אף עדיפה פני הותרת טענות חד-צדדיות למעשים שלא התבררו בבתי המשפט, ולא ברורה מידת הדיוק שלהם. קביעת פרק זמן אחיד של שנה להסרת הקישורים (להוציא חריגים קיצוניים) אף מקילה את יישום הכללים המוצעים ומקדמת עקיבות ויעילות.

2. קשיים ביישום המודל בנוגע לביוש "טוב"

אפשר לטעון כי קיימים קשיים ביישום המודל בנוגע לביוש "טוב". עיקרו של הקושי הוא ביידוע מנועי החיפוש בנוגע לביוש "טוב" כדי שיימנעו מהסרה. אם לא יידעו את מנועי החיפוש בדבר הנחיית בית המשפט, יוכל כל נפגע מביוש "טוב" לבקש את הסרת הדברים לאחר שנה בטענה שהביוש הוא "ביוש המכוער" ובכך להביא להסרת ביוש שהיה חשוב לאפשר את הגישה אליו ואף להגבירה במשך תקופות ממושכות יותר. אשיב לביקורת כי הקושי ביישום המודל יכול להיפתר. אפשרות אחת ליידוע מנועי החיפוש בכך שמדובר בביוש "טוב" היא הנחיית בית המשפט למביישים לציין את מספר ההליך או לקשר להחלטה עצמה. כך ידעו מנועי החיפוש שהביוש "טוב" ויימנעו מהסרתו לפני התקופה שקבע בית המשפט. מימוש אפשרות זו עדיין מעורר קושי, מאחר שגורמים שרוצים למנוע הסרת קישורים לביוש "רע" או "ביוש המכוער" עלולים לנצל לרעה את מספרי ההליך או לקשר פרסומים אחרים להחלטות ביוש "טוב" ולסכל הסרת ביוש מסוג אחר, לדוגמה להקשות הסרת ביוש "רע".

פתרון משלים שיאפשר התמודדות טובה יותר עם בעיית המידע בנוגע לביוש "טוב" הוא כי נוסף על הוראה למביישים לציין את מספר ההליך לביוש, תיצור הנהלת בתי המשפט מאגר שיכלול בתוכו פסיקה שבה המליצו בתי המשפט על ביוש. מאגר זה אף יכלול מספרי הליך וישותף באמצעות הנהלת בתי המשפט עם מנועי החיפוש. בדרך זו יוכלו מנועי החיפוש לבדוק אם בקשת הסרת הקישורים נסמכת על תכנים שהם ביוש "טוב". הצעה דומה להקמת מאגר כבר הוצעה בנוגע לסרבני גט.³⁵⁹

³⁵⁸ לדוגמה, כאשר לא ניכר על פני הדברים שהפרסום הוא לשון הרע, עבירה או עוולה, מנוע החיפוש בוחר להותיר את הקישור על כנו, ומושא המידע אינו פותח בהליך משפטי להוכיח כי הפרסום הוא ביוש "רע". אי-פתיחת הליך משפטי או הכחשה אין משמעותה הודאה בנכונות הדברים. לעניין זה עמדתי על מגבלות הכלים להתמודדות עם ביוש לעיל בתת-פרק 4. מאחר שכלים אלו פעמים רבות אינם מובילים ליעילות, אין להסיק מסקנות מאי-שימוש בהם.

³⁵⁹ ראו הצעת החוק של ח"כ רויטל סויד להקמת מאגר, לעיל ה"ש 80.

אציין כי אין הכוונה שעובדי מנועי החיפוש יקראו את תוכנם של פסקי הדין, אלא שהטכנולוגיה תאפשר הצלבה וזיהוי הביוש עם מילים או משפטים במאגר פסקי הדין של ביוש "טוב" באמצעות אלגוריתמים של בינה מלאכותית ולמידת מכונה. אלו יאפשרו להבחין אוטומטית אם הביוש מתקשר לפסיקה זו ולאמת אם ביוש שטוען להיות ביוש "טוב" אכן התבצע בהמלצת בית המשפט.³⁶⁰ כפי שצוין, גם בהקשרים אחרים יוצרות ענקיות האינטרנט מאגרים שבהם הן משתפות תכנים מזיקים בינן לבין עצמן כדי לזהותם באמצעים טכנולוגיים ולהסירם גם בפלטפורמות אחרות. כמו כן הן משתמשות באמצעים טכנולוגיים כדי לשותף מידע ולהקל את ההסרה.³⁶¹ הקמת מאגר של פסיקה מביישת כדי למנוע הסרה מוקדמת מדי אפוא אינה מהפכנית. פתרון זה יאפשר ליידע את מנועי החיפוש בתכנים שהם ביוש "טוב" ויקהה מעוקצה של הבעיה ביישום המודל בנקודה זו. פתרון זה אינו אופטימלי בשלב זה, מאחר שהאמצעים הטכנולוגיים הקיימים אינם רגישים מספיק להקשר, ואפשר שתהיינה טעויות בזיהוי.³⁶² אולם נראה כי מספר הטעויות עתיד להצטמצם עם התפתחות הטכנולוגיה.

3. עמימות בשאלת סיווג הביוש והחלת המודל בידי עובדי מנועי החיפוש ובתי המשפט

אפשר לטעון כי אף שהמודל נסמך על כללים, נותרים קשיים בהחלתו מאחר שעובדי מנועי החיפוש ובתי המשפט נדרשים להפעלת שיקול דעת מהותי בסיווג הביוש, והדבר מותיר עמימות. בנוגע לביוש "טוב" נראה שהבעיה אינה קיימת, מאחר שהביוש שיפוטי בהגדרתו ונעשה בפועל בהמלצת בתי המשפט. אלו יידעו את מנועי החיפוש בדבר הביוש באמצעות הוראה למביישים לציין את מספר ההליך בביוש ויצרו מאגר של ביוש "טוב" שישותף עם מנועי החיפוש.³⁶³

אולם מתעורר קושי בהבחנה בין ביוש "רע" ל"ביוש המכוער". לפי המודל, כאשר הביוש אינו ביוש "רע" מובהק ובהיעדר צו שיפוטי בנוגע אליו, על מנוע החיפוש להכריע בשאלה אם הביוש הוא "רע" ויש להסירו מייד, או שמא הוא "ביוש המכוער", שהסרתו תתבצע על פי רוב לאחר שנה בהיעדר אינטרס ציבורי אחר.³⁶⁴ כך, אף שהמודל מתווה כללים הוא עדיין מותיר עמימות בהחלתם.

טענה זו היא כבדת משקל ומציגה חולשה ביישום המודל, אולם אין בה כדי לשמוט את הקרקע מתחתיו. כללים אינם תרופת קסם לפתרון מלא של בעיית העמימות. המעבר

360 נכון להיום, ההצעה אינה לעבור לאכיפה אלגוריתמית מוחלטת אלא להעביר ביוש שנשען שהוא ביוש "טוב" להצלבה אלגוריתמית אוטומטית עם מאגר הביושים הטובים למטרות אימות.

361 לדוגמה, שימוש בטביעות אצבע דיגיטליות למיגור תכנים של פורנוגרפיית ילדים ביצירת מאגר על ידי National Center for Missing and Exploited Children בארצות הברית, שמאפשר למתווכים שמעוניינים לשפר את האכיפה להביא להסרה יעילה ולמניעת טעינה חוזרת של התוכן לאתר באמצעות Microsoft PhotoDNA וטביעות אצבע דיגיטליות (להרחבתי על פתרון זה ראו לעיל ה"ש 345).

362 להרחבתי על חולשותיהם של אמצעים אלו ראו לעיל ה"ש 292.

363 ראו המענה לביקורת השנייה שבו הוצע לכונן מאגר כאמור.

364 ראו לעיל תת-פרק 3.3.

מסטנדרטים לכללים באכיפת ביטוי מזיק ברשת ככלל³⁶⁵ ובמאמר זה בפרט מותיר מתחם של שיקול דעת ביישום. בדומה לזה, גם נוהל "הודעה והסרה" שאומץ בבתי משפט רבים מצריך הפעלת שיקול דעת בסיווג ביטויים כביטויי לשון הרע, אף שהוא נושא אופי של כלל. כך אפשר שמתווך יבחר שלא להסיר תוכן מאחר שלא ימצא אותו מזיק, ובית המשפט יכריע הכרעה שונה באשר לסיווג התוכן.³⁶⁶ אולם שיקול הדעת בהחלת הכללים והחריג המצומצם של האינטרס הציבורי אינם הופכים את הכללים לסטנדרטים. על כל ניתוח להביא בחשבון את המדיניות המוצעת לעומת החלופות.

בענייננו בחינה זו מובילה למסקנה כי הכללים שלפי המודל המוצע מצמצמים את שיקול הדעת ומבנים אותו לעומת סטנדרטים פתוחים. בניגוד למודל, החלופה האירופית מותירה אצל מנוע החיפוש שיקול דעת רחב הרבה יותר.³⁶⁷ ב"זכות להישכח" האירופית אין מותווית נקודת זמן שממנה ואילך יאבד המידע את הרלוונטיות שלו. הזכות להישכח האירופית אף מותירה שיקול דעת נרחב שלא להסיר תכנים במסגרת חריג האינטרס הציבורי אשר נותר סטנדרט פתוח גם במקרה של "האנשים הרגילים" ואינו תחום למקרים מוגדרים וחריגים.

מנגד, לפי הכללים המוצעים, מנוע החיפוש לא יסיר קישור לתכנים שהם ביוש "טוב" לפני תקופת הזמן שקצב בית המשפט. מנוע החיפוש יחויב להסיר קישור לתכנים שהם ביוש "רע" מובהק ובידיו שיקול דעת בנוגע לביוש "רע" שמתקיים ספק בעניינו עד להכרעת בית המשפט. באשר ליתר התכנים שהם ביוש "האנשים הרגילים", הם יוסרו רק כעבור שנה מיום פרסומם. קריטריון האינטרס הציבורי המאפשר סטייה מן הכלל מפורש בצמצום ומוגבל למצבים חריגים של קישור להפצת דיווח על הרשעות בעבירות חמורות נגד גופו של הפרט הכרוכות בפגיעה פיזית, כגון אלימות קשה או עבירות מין,³⁶⁸ ולמקרים קיצוניים של ביוש שעולה ממנו עבירה פלילית חמורה נגד גופו של הפרט אף אם המבויש לא הורשע בגינה.³⁶⁹ בנוגע למקרים אלו, בשל חומרתה של פגיעת העבירה ואף פוטנציאל המסוכנות

365 להרחבה בנוגע למגמת המעבר מסטנדרטים לכללים באכיפת ביטויים במרחב המקוון ראו Klonick, *Governors*, לעיל ה"ש 133, בעמ' 1631. ראו לדוגמה גם כלליה של פייסבוק להסרת תכנים מזיקים המצריכים הפעלת שיקול דעת: Hopkins, לעיל ה"ש 248 ("it is very difficult to decide whether some things belong on the site or not").

366 ראו עניין בר און, לעיל ה"ש 198.

367 אציין כי גם הקווים המנחים שהותוו באיחוד האירופי להחלת הזכות אינם מבהירים את משך הזמן שבו מידע נותר רלוונטי, ואף הם נושאים אופי של סטנדרטים. ראו Art. 29 Data Prot. Working Party, Guidelines, לעיל ה"ש 170. לדוגמה, קשה להבין מכלל חמש, העוסק ברלוונטיות המידע, מתי המידע חדל להיות רלוונטי.

368 הכוונה לדיווח או לפרסום נוסף בידי מביישים בנפרד מפסק הדין עצמו, שפרסומו מתחייב על פי דין, וקישורים אליו לא יוסרו כעבור שנה אלא רק בצו בית משפט.

369 לדוגמה, ביוש בגין מעשה אלימות קשה שגרם לפגיעה פיזית בפרטים אחרים אף אם הפרט לא הורשע בגינו. במצבים אלו עדיין עולה חשש שהביוש לא יתאר את המצב לאשורו ואף יהיה שקרי, אולם במקרה זה יוכל הנפגע לפנות לבית המשפט שיורה על הסרת הקישור לתכנים שמנוע החיפוש סירב להסיר, אם יהיו ראיות התומכות בהסרה.

שלה בעתיד,³⁷⁰ לא ראוי לאפשר לנפגע להישכח לאחר שנה אוטומטית.³⁷¹ כאשר יבואו מקרים אלו לפתחו של מנוע החיפוש, יהא עליו לנמק את החלטתו לאי-הסרה (חובה שתוביל לכך שההחלטה להותיר את הקישור לתכנים לא תתקבל אוטומטית או שרירותית). לסיכום, אף שהכללים המוצעים במודל מצריכים שיקול דעת בהחלטתם, מתחם שיקול הדעת צר ביחס לסטנדרטים גמישים. כך, הכללים יובילו לוודאות ולעקיבות רבות מאלה שתוביל הזכות להישכח האירופית. על כן, אף שהמודל אינו מציג פתרון מושלם שיביא לוודאות מוחלטת, הוא מצמצם את העמימות ועדיף על פני החלופות.

4. תת-ייצוג של האינטרס הציבורי במודל

אפשר לטעון כי האינטרס הציבורי בהותרת תכנים אינו מיוצג די הצורך במודל. לפי המודל, למנוע החיפוש שיקול דעת בסיווג הביוש כביוש "רע" במקרים שקיים ספק בנכונות הדברים, והוא עלול להסיר קישורים רבים מייד. זאת ועוד, במקרים של "ביוש מכוער" הוא עלול להסיר מתוצאות החיפוש קישור לתכנים גם כאשר האינטרס הציבורי הוא להותירם, ולא ראוי לאפשר הסרה אוטומטית כעבור שנה. כך הוא יכול להסיר קישור לביוש בגין מעשה שעולה כדי עבירה חמורה או טענה לעבירה חמורה, והמבויש אף יכול להוות סיכון לציבור, מאחר שהמתווך אינו סובל הפסד ישיר מכל קישור שמוסר ויעדיף להסיר קישורים גם כאשר קיים ספק אם הם ביוש "רע", או שקיים אינטרס ציבורי בהותרתם, כדי למנוע התדיינות משפטית עתידית ופסיקה נגדו. חשש מאחריות עלול אפוא לגרום למתווך שלא לייחס די משקל לערך החברתי של הפעילות אלא רק לנזקה.³⁷² אף שלמנועי החיפוש תמריצים כלכליים התומכים בהשאת הקישור, התמריצים אינם ערובה מספקת להותרת הקישורים. כך, אפשר שמנועי החיפוש לא ינקטו גישה עקיבה לעניין זה. המודל אף כולל פרק זמן מוגדר של שנה להסרת "ביוש המכוער", ונטל ההוכחה באשר לאינטרס הציבורי עובר למנועי החיפוש. התוצאה עלולה להיות אפקט מצנן רב מן הזכות האירופית שיביא להסרת יתר של תכנים מועילים.

טענה זו כבדת משקל, אולם המודל מבקש לצמצם את היקף האפקט המצנן גם באמצעות הדין ואינו נסמך רק על תמריצים כלכליים. לפי המודל, כאשר ביוש "רע" אינו ניכר על פני הדברים, ומנוע החיפוש בוחר להותיר את הקישור אליו, הוא לא יחויב בפיצוי אם בית המשפט יורה על הסרתו. בדומה לזה, מנוע החיפוש לא יחויב בפיצוי כאשר הוא

370 להרחבה על חומרת עבירות נגד גופו של הפרט ראו גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 586–587 (2010), המציין כי עבירות נגד גופו של הפרט פוגעות באינטרס שלמותו של גוף האדם ובאוטונומיה של הפרט, מאחר שגופו של אדם הוא חלק בלתי נפרד ממהותו. עבירות נגד גופו של הפרט יכולות אף לפגוע באינטרס חיי האדם, שכן פגיעה אנושה בגוף האדם עלולה להתפתח לפגיעה בחייו.

371 נפגע שבקשתו להסרת קישור נדחתה במנועי החיפוש יוכל לפנות לבית המשפט ולבקש את הסרת הקישור, וייתכן שבית המשפט יורה על הסרה, בעיקר בנוגע לביוש שלא דייק בתיאור התנהגות הנפגע, או אפילו היה שקרי. במקרים אלו הסעד היחיד שייפסק יהיה הסרה, ומנוע החיפוש לא יחויב בפיצוי בגין אי-הסרה.

372 ראו דרסקי ולביא, לעיל ה"ש 195, בעמ' 652, ובהקשר משיק של אחריות מתווכי תוכן להפרות זכויות יוצרים ראו Assaf Hamdani, *Who's Liable For Cyberwrongs?*, 87 CORNELL L. REV. 901, 945 (2002).

בוחר להותיר קישורים לתכנים בשל האינטרס הציבורי כפי שהתווה במודל, ובית המשפט מצווה על הסרת התכנים (לדוגמה כאשר שכנע הנפגע את בית המשפט כי הביטוי אינו מדויק).³⁷³ כך, אף שעדיין קיימות עלויות מנהליות למנוע חיפוש שבוחר להותיר קישור לתכנים, צנזורה משנית תהיה מוגבלת.

יהיו שיטענו כי אף שלפי המודל המוצע האינטרס הציבורי נשמר גם באמצעות הדין ולא רק בשל תמריצים כלכליים, התוצאה לפיו פוגעת כשלעצמה באינטרס הציבורי בכללותו בכך שהיא מביאה להסרה נרחבת של תכנים מועילים ולאפקט מצנן לא-מידתי על ביטוי. זאת, מאחר שתוצאת החלת המודל תוביל כפי הנראה להסרת קישורים לתכנים לאחר שנה מיום פרסומם שיהיו רבים מאלה שתוביל הזכות להישכח האירופית. תוצאה זו עלולה לפגוע באינטרס הציבורי בזכות למידע.

אשיב לטיעון זה כי האינטרס הציבורי כבר מובנה בתוך המודל אשר מתייחס רק ל"אנשים רגילים", מבחין בין מועד הסרה של סוגי ביוש שונים ומבנה את שיקול הדעת גם בנוגע להיקף האינטרס הציבורי שבגיניו לא יוסרו תכנים. למודל המוצע יתרונות בשמירת האינטרס הציבורי לעומת הזכות האירופית מאחר שהחלת הזכות האירופית מאפשרת שיקול דעת רחב מדי כאשר להסרת קישורים לתכנים הנתפסים בעיני מנועי החיפוש כשקריים או לא רלוונטיים. הזכות האירופית מותירה למנוע החיפוש שיקול דעת להסרת הקישור מייד. קישור ל"ביוש המכוער" יכול להיות מוסר טרם חלפה שנה מהפרסום, בניגוד לאינטרס הציבורי בהותרת הקישור לתקופה זו ובתוך כדי פגיעה במימוש מטרות הביוש. נוסף על זה, הקווים המנחים להחלת הזכות להישכח נושאים אופי של סטנדרטים, מצריכים ניתוח פרטני ומאפשרים שיקול דעת רחב להסרת קישורים למידע.³⁷⁴ המודל המוצע מצמצם את הצורך בניתוח פרטני, מבנה את שיקול הדעת השיפוטי והמעין-שיפוטי בנוגע לאינטרס הציבורי ומוביל לתוצאות עקיבות יותר בשמירה על האינטרס הציבורי אשר מובנה בתוך המודל ומונע הסרת קישורים ל"ביוש המכוער" לפני שחלפה שנה מפרסום הדברים. תוצאה זו אינה מתאפשרת לפי הסטנדרט הפתוח של הזכות להישכח האירופית.³⁷⁵

בשולי הדברים אציין כי אף אם המודל המוצע מביא להסרת קישורים כעבור שנה מיום פרסומם שיהיו רבים מאלה שיגרום להם המודל האירופי, ייתכן שהוא מוביל להסרת פחות קישורים לתכנים בטרם חלפה שנה מיום פרסומם מאחר שלפי המודל מנוע החיפוש מחויב להסיר רק תוכני לשון הרע שניכרים על פני הדברים בטרם חלפה שנה. בניגוד לזה, לפי הזכות להישכח האירופית, מנוע החיפוש חשוף לאחריות גם בגין אי-הסרה בטרם חלפה שנה מיום הפרסום. כך, אף שייתכן שבשל המחיקה הכללית לאחר שנה המודל המוצע

373 יודגש כי לבית המשפט סמכות להטיל פיצויים על מנוע החיפוש במצב שבו הוכח כי מנוע החיפוש פעל ממניעים זרים בהותרת הקישור, בתוך כדי שימוש בטענה לקידום אינטרס ציבורי, או כאשר לא בחן מספיק את הבקשה. ראו לדוגמה עניין סביר – מחוזי, לעיל ה"ש 197. כך יימנע מצב שבו מנועי החיפוש יפעלו ממניעים זרים, או לחלופין יאמצו ברירת מחדל של הותרת התוכן בטענה לקיום אינטרס ציבורי, ללא בדיקת ההפנייה לגופה. ההגדרה הצרה במודל של האינטרס הציבורי לעבירות נגד גופו של הפרט מצמצמת את עמימות האינטרס הציבורי ואף תסייע לצמצום שימוש בטענת האינטרס הציבורי משיקולים זרים.

374 ראו art. 29 Data Prot. Working Party, לעיל ה"ש 170.

375 לשיקול הדעת הרחב תחת הסטנדרט האירופי ראו לעיל ה"ש 367 והקטסט הצמוד אליה.

מוביל למחיקת קישורים רבים מאלה שתוביל להם הזכות האירופית, יישום המודל אינו מוביל לפגיעה ניכרת באינטרס הציבורי. הותרת הקישורים בתוצאות החיפוש למשך שנה לאחר פרסום הביוש חשובה ותורמת למימוש מטרות הביוש יותר מהותרתם לאחר שנה. כך, באיזון הכולל נראה כי המודל המוצע אינו מוביל לצינון ולפגיעה ניכרת ולא מידתית באינטרס הציבורי לעומת התוצאה המתקבלת בהחלת הזכות להישכח האירופית.

ו. הערת סיום באשר לביוש "טוב" וקריאה לעתיד

הנוהג של ביוש פומבי קיים זה מאות שנים בהיסטוריה, אולם עם התפתחות המדיה החברתית הלך נוהג זה והתגבר, וכל פרט יכול לגנות את התנהגותו של אחר. "ביוש המכוער" משמש בידי כל אדם, ואנו עדים לו מדי יום ברשתות החברתיות. לצערנו אנו נחשפים רבות גם לביוש "רע" שהוא עבירה או עוולה אגב ניצול המרחב המקוון לגרימת נזקים דיגיטריים כבדים לצדדים שלישיים. בעקבות התפשטותו של ביוש מסוג זה המשפט נכנס לתמונה, ופסקי דין רבים מתייחסים אליו. בניגוד לזה, ביוש "טוב" כמעט שאינו ננקט. למיטב ידיעתי, פרשות עודד גז וירון אטיאס הן היחידות במשפט הישראלי שבהן בוצע ביוש "טוב",³⁷⁶ ולא מצאתי בישראל מקרים נוספים מחוץ להקשר של סרבנות גט. כמו כן נראה כי הפרקטיקה של ביוש "טוב" בבתי המשפט אינה רווחת בעולם.³⁷⁷

מיעוט המקרים מעורר שאלה או ביקורת נוספת על המודל שאינה נוגעת ליישום אלא לעצם הסיווג בו והיא אם קיימת הצדקה לקטגוריה של ביוש "טוב", או שמא יש לראות בפרקטיקה זו חלק מ"ביוש המכוער".

אשיב לשאלה כי ראוי להותיר ביוש "טוב" כקטגוריה נפרדת. ראשית, מיעוט המקרים אינו שולל את הצורך בקטגוריה נפרדת מאחר שמקור הסמכות לביוש שונה. המקור אינו שיקול דעת הפרט אלא הכרעת בית המשפט לאחר בירור העובדות והמלצתו לבייש, ויש בשוני זה כדי להצריך ניתוח ודיון נפרדים.³⁷⁸

שנית, נושא הביטחון המקוון בכללותו אינו כה ותיק, והוא החל להתפתח בעידן הרשתות החברתיות. כך, אפשר לצפות כי בשנים הקרובות ינחו בתי דין ובתי משפט את הציבור

376 ראו עניין עודד גז, לעיל ה"ש 1; עניין ירון אטיאס, לעיל ה"ש 1 (שסירב לתת גט לפרודתו מזל, ובית הדין הרבני הורה על ביטול). כן ראו קובי נחשוני "בית הדין הרבני הורה: שיימינג לסרבן הגט, ירון אטיאס" Ynet ידידות (9.5.2018). bit.ly/2Z8vfN7. הביטול, שהצטרף למאסר בגין ביזיון בית הדין בשל העובדה שאטיאס נהג ברכב אף שרישיון הנהיגה שלו נשלל, הובילו לתוצאה הרצויה ואטיאס התגרש מאשתו.

377 מצאתי מקרה בבית משפט בארצות הברית שבו שופט בייש בעצמו את הנאשמים ברשתות (ראו Cheung, לעיל ה"ש 24), אולם לא מצאתי מקרים נוספים המתייחסים לביוש מקורן "טוב". עם זאת ציון כי סנקציות לא שגררתו בתי משפט מתפתחות וצפויות להתפתח בפסיקת בתי משפט בהמשך הדרך. לדוגמה ראו 11 Michael Cicconetti And His Travis Furman, Not Your Average Judge! tinyurl.com/y4b7t63t (May 24, 2017, 5:05 PM).

378 ראו בג"ץ עודד גז, לעיל ה"ש 1, פס' מ"ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה דאז השופט רובינשטיין.

לבייש ביוש "טוב",³⁷⁹ הפרקטיקה תגבר ותתרחב גם להקשרים נוספים, ואפשר שהמקרים לא ייוותרו בשוליים. מכאן החשיבות בעיסוק האקדמי בביוש "טוב". למיטב ידיעתי, המאמר הוא הראשון אשר מבחין ביוש זה מסוגים אחרים של ביוש, והוא יוכל להוות בסיס לדיונים עתידיים שיניחו תשתית טובה יותר לפיתוח הפרקטיקה האמורה ובחינת מגבלותיה. שלישית, אף שלא כל ביוש "טוב", לפי הנחיית בית המשפט, בהכרח יקדם הגינות ויעילות, אני סבורה שלפרקטיקה זו פוטנציאל חיובי, ולעיתים היא יכולה להיות יעילה מסנקציות משפטיות מסורתיות, ועל כן ראוי לאמצה, בעיקר כאשר מערכת המשפט מגלה אוזלת יד ואינה מעניקה סעד יעיל לנפגע מהפרת דין כשלעצמה. לדוגמה מקרה של סרבנות גט³⁸⁰ ומקרים שבהם הפרט שפסק הדין ניתן נגדו ברח לחוץ לארץ ואינו מקיים את הפסיקה, ויש קושי באכיפת הדין אקסטראטריטוריאלי. נוסף על זה, השערה ראשונית שלא נבדקה היא שביוש "טוב" יוכל לסייע לנפגע מהפרת הדין ולקדם הרתעה בחברה בכללותה גם כתוספת לעונשים ולסנקציות משפטיות במקרים מסוימים של רצידיביזם בעבירה חמורה.³⁸¹

אומנם לא ראוי כי בית המשפט ימליץ על ביוש "טוב" כל אימת שהתנהגות מתדיין בדיון לא נשאה חן בעיניו והשתקפה בפסק הדין, או כאשר המעשה אינו בדרגת חומרה גבוהה.³⁸² אולם מנגד מתעוררת השאלה אם ראוי להגביל את הביוש ה"טוב" רק למקרים שבהם מערכת המשפט מגלה אוזלת יד. מאמר זה הוא רק ראשית הדרך, ויש בו קריאת כיוון להעמיק בנושא ביוש "טוב" במחקרים עתידיים. אלו יאפשרו לסרטט את גבולותיו ולעמוד על מגבלותיו, ולכך חשיבות רבה מאחר שצפוי כי בהמשך הדרך יידרשו מתווי המדיניות והמחוקק להתוות קווים מנחים, להתייחס לסוגיה במסגרת קוד אתי או אפילו להתקין תקנות

379 בהקשר הצר של סרבנות גט אף מתגבשת תשתית שתקדם ביוש "טוב". ראו הצעת החוק של ח"כ רויטל סויד, לעיל ה"ש 80.

380 אציין כי במקרה של עודד גז לא הביא הביוש לתוצאה המצופה, אולם יש לו פוטנציאל להביא לכך במקרים של סרבני גט אחרים, בין לאחר הסירוב ובין כהרתעה לפני הסירוב בודעם שזו תוצאה אפשרית. לדוגמה, נראה כי הביוש סייע להביא לתוצאה המצופה במקרה של סרבן הגט ירון אטיאס. נוסף על זה, גם אם הביוש לא סייע להשתחרר מכבלי העגינות במקרה של עודד גז, הרי שהיה בביוש אקט סימבולי חשוב ומתן רוח גבית לאותה עגונה, בדומה ליוזמה האחרונה בהנחיית פרקליט המדינה להגיש כתבי אישום נגד סרבני גט כדי לתייגם כפרטים הפוגעים באינטרס הציבורי, אף אם לא יוביל הדבר לפתרון. ראו יקי אדמקר "לראשונה: אישום נגד סרבן גט שיושב בכלא; אשתו: 'זה לא יעזור לי'" וואלה: (12.9.2018) news.walla.co.il/item/3187108.

381 אציין כי אף שהמשפט העברי אוסר על הלבנת פנים, הוא מאפשר לבייש עושי עוול ותומך בביוש טוב ברוב המקרים שצוינו. זאת כשמטרת הביוש היא להפעיל עליהם לחץ לחדול ממעשיהם השליליים. המשפט העברי מציב לעניין זה תנאי סף עיקריים: (א) ידע ודאי שאכן נעשו מעשי עוול, גם בהסתמך על גוף מקצועי שבדק את העניין; (ב) ידע על ניסיונות קודמים להפסיק את המעשה אך ללא הועיל; (ג) כוונה ליצור לחץ להפסקת העוול ללא כל אינטרס אחר, דיוק בביוש ובגינוי והצבעה אך ורק על מעשי העוול. ראו זולדן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 302–306.

382 לדוגמה ביוש לאחר הכרעת דין כי נאשם נהג בשכרות אינו מידתי. אציין כי במקרה דומה רשות ממשלתית בארצות הברית ביישה פרטים שנעצרו בגין עבירה זו (בטרם הוכרע דינם) ופרסמה ב"קיר הבושה" ברשת. בית המשפט קבע כי בשל ההשלכות הפרסום הוא צעד אחד רחוק מדי. ראו Bursac v. Hartzog, Privacy's Blueprint; Suozzi 868 N.Y.S.2d 470 (Sup. Ct. Nassau County 2008) ה"ש 123, בעמ' 254.

להחלת ביוש "טוב" גם במקרים נוספים. בניסוח מתווה להחלת ביוש זה יש לאפשר גמישות והתאמה לשינוי העיתים ולהתפתחויות טכנולוגיות.³⁸³

כיום, שימוש בביוש "טוב" מעורר קושי, והצורך בקווים מנחים או בתקנות להחלתו מקבל משנה תוקף מאחר שאפשר לראות בפרקטיקה זו סנקצייה נוספת על הסנקצייה שמתווה הדין לאותו מעשה שמוביל אותה בית המשפט. בהיעדר תקנות או מתווה מנחה להחלתו אין לו עיגון משפטי, ואפשר לטעון כי הוא מנוגד לעקרון החוקיות.³⁸⁴ יש הסוברים כי הטענה לחריגה מסמכות הדין אינה עומדת במלוא תוקפה, מאחר שבית המשפט ממליץ על ביוש ואינו מצווה עליו.³⁸⁵ אולם אפשר לטעון כי בשל חשיבותו של עקרון החוקיות לא די בסיווג פעולתה של ערכאה כ"המלצה" כדי לפטור מהצורך להצביע על סמכותה, בעיקר כאשר המלצת בית המשפט לבייש מובילה לתוצאות דומות להוראת בית משפט.³⁸⁶ ביוש "טוב" ללא הסמכה אף מנוגד לעיקרון המוסרי שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".³⁸⁷ כמו כן, בשל העובדה שהסעד החדש יכול להוביל לתוצאות קשות לפרט המבוש, ראוי אפוא לפעול לניסוח קווים מנחים להחלת ביוש טוב אשר יסייעו למימוש התכלית שבבסיס עקרון החוקיות הן מההיבט המשפטי-פורמלי והן מההיבט המוסרי וישמרו על פרופורציונליות. נוסף על זה, ראוי כי קווים מנחים אלו אף יסדירו את היחס בין ביוש "טוב" לסנקציות וסעדים אחרים שמשמשים את בתי המשפט כיום.³⁸⁸

נוסף על קביעת מתווה להחלת ביוש "טוב" ראוי כי מערכת המשפט תסיר חסמים פרוצדורליים אפשריים שעלולים לעמוד בדרכה של פרקטיקה זו לכתחילה.³⁸⁹ ותקדם יישום

383 Goldman, *Trending Now*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 450–451.

384 סעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 (קובע כי "אין עברה ואין עונש עליה אלא אם נקבעו בחוק או על פיו"). ראו גם עקרון חוקיות המנהל שלפיו אין לפגוע באדם מבלי שתהיה לכך הסמכה לפי חוק. יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א' 81, 113 (התשנ"ב).

385 עמדה זו השתקפה בעמדת רוב המותב בעניין בג"ץ עודד גז, לעיל ה"ש 1, שם נקבע כי הטלת סנקציות חברתיות המבוססות בעיקרן על "הרחקות דרבנו תם" הן המלצה בלבד, קרי החלטה שיפוטית שאינה ניתנת לאכיפה, ולכן אין צורך בהסמכה חוקית. ראו במיוחד פס' ל"א–ל"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

386 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט דנציגר.

387 עמנואל גרוס "הקלון כרועץ לעקרון החוקיות: על פגיעת הקלון בעיקרון החוקיות", **עלי משפט** יא 7, 8, 47 (2014) (מתייחס בדומה לזה לעבירה שיש עימה קלון כמנוגדת לעקרון החוקיות ומציע לנסח קווים ברורים בנוגע להטלת קלון ולקבוע כי כאשר יש ספק בעניין הקלון, אזי אין זו עבירה שיש עימה קלון. כמו כן הוא מציע כי הטלת קלון נצחי תבצע רק בעבירות חמורות במיוחד כגון רצח או אונס).

388 לדוגמה, האם הביוש ה"טוב" יכול להיות חלופה לסנקציות משפטיות, דרכי ענישה וסעדים מסורתיים אחרים הנפסקים בבתי המשפט ומה ראוי שיהיה היחס ביניהם; האם ביוש "טוב" יכול להביא להפחתת סנקציה אחרת, או שזהו סעד שיתווסף על סנקציות וסעדים משפטיים אחרים? שאלה זו תצטרך לעמוד לדיון בניסוח כללים כאמור.

389 לדוגמה, נעשו בעבר ניסיונות לחוקק חוק בדבר אי-ציון שמות בפסקי דין המתפרסמים בפומבי. ראו הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – אי ציון שמות בפסקי דין), התשס"ח–2007, פ' 2939/17/ההצעה לא הגיעה לכדי חקיקה. בינתיים תיקנה הכנסת את חוק בתי המשפט, ולפי התיקון יאפשר החוק חיסוי שם בקשר לתביעות נזקי גוף שאינן רק בגין עוגמת נפש. ראו חוק בתי המשפט (תיקון מס' 77, התשע"ד–2014), ומונתה ועדה בראשות השופט בדימ' פרופ' אנגלרד לבחינת שאלות הנוגעות לפרסום פרטים מזהים בפסקי דין ובהחלטות של בתי משפט. להרחבה ראו בירנהק, לעיל ה"ש 257, בעמ' 35. אם

יעיל שלה פרוצדורלית.³⁹⁰ ניסוח קווים מנחים להחלת ביוש "טוב", מניעת חסמים להפעלתו לכתחילה וקידום יישום יעיל פרוצדורלית יקדמו את התכלית שבבסיס עקרון החוקיות ויאפשרו להשתמש בכלי חשוב זה, יקלו את החשש מהיעדר עקיבות בהחלת הביוש ויצמצמו מצבים שבהם נזקיו יעלו על תועלתו.

ז. סיכום

ביוש ברשתות מקוונות ככלי לגינוי מעשיו של אדם נפוץ היום יותר מתמיד בשל עלייתו לגדולה של פלטפורמות מקוונות ובשל התפתחות דור חדש של יישומים מתקדמים לשיתוף תכנים. במאמר זה התמקדתי בביוש "האנשים הרגילים", שאינם אישי ציבור או ידוענים. משיקולים פרגמטיים הצעתי לאמץ הגדרה רחבה של ביוש המתאימה למציאות בעידן הדיגיטלי. עמדתי על יתרונות הביוש ועל ההזדמנויות שהוא מאפשר אך גם על סיכונים. בהמשך הראיתי כי ביוש אינו מקשה אחת וקיימים סוגים שונים שלו. לכן ההטבות שבבסיס הביוש והסיכונים שהוא מגלם שונים מסוג אחד של ביוש למשנהו.

לאחר מכן עמדתי על "קץ השכחה" בעידן הדיגיטלי שבו הביטויים המביישים נגישים לכול, וקל לאתרם באמצעות מנועי החיפוש. הראיתי כי פעמים רבות הרציונלים שהביוש בא לקדם אינם עומדים בתוקפם בחלוף תקופת-מה מהביוש. לפיכך טענתי כי נדרש איזון מחודש בין זיכרון לשכחה, ובמקרים רבים ראוי לאפשר למבוש בררסביליות באמצעות ערפול – הסרת הקישורים למידע המבייש בחיפוש שמו. לאחר מכן עמדתי על הדין באיחוד האירופי, בארצות הברית ובארץ בסוגיה זו והראיתי כי קיימות תפיסות שונות באשר לזכות להישכח מתוצאות החיפוש. הצעתי כי בשל מאפייני ההפצה המיוחדים בסביבה הדיגיטלית ופוטנציאל הנזק הרחב של הפצת מידע, ביחס לסביבה אנלוגית, ראוי לחשוב מחדש על תרופות לנזקים דיגיטליים ולהכיר בקטגוריות משפטיות ובתרופות נוספות לנזקים אלו אף אם אינם תוצאה של עבירה או עוולה.

ביקשתי לטעון כי תפיסה דיכוטומית שבוחרת בין זיכרון והותרת הביוש בתוצאות החיפוש לנצח לבין שכחה ומחיקה מיידית של הביטוי אינה רצויה, ויש להכיר בגוונים שונים ובדרגות שונות של שכחה. התוית קווים מנחים להסרת קישורים של מידע מבייש מתוצאות חיפוש הקשורות לשמו של אדם. אלו יצרו זכות דיפרנציאלית להימחק מתוצאות החיפוש בתלות בסוג הביוש ובאינטרס הציבורי במידע. בשולי הדברים התייחסתי להיקף ההסרה והצעתי פתרון שיאפשר הסרה יעילה יותר של ביוש "רע" ברמת האתרים עצמם.

הצעות חקיקה אלו יתקבלו, והדין יקבע איזון שונה בנוגע לציון שמות מתדיינים בפסקי דין, ראוי לאפשר לבית המשפט לסטות מכך במקרים המתאימים ולפרסם את שמותיהם כדי לאפשר יעילות ביוש "טוב" בידי הציבור, במקרים המתאימים שבהם הורה בית המשפט על ביוש.
390 ראו המענה לביקורת השנייה להחלת המודל, לעיל פרק ה, שם הצעתי לכונן מאגר של ביוש "טוב" במנועי החיפוש שישותף עם מנועי החיפוש. הצורך במאגר זה יגבר ככל שבתי משפט ובתי דין רבים יותר יורו על ביוש "טוב". בהקשר של סרבנות גט, לדעתי זו רק שאלה של זמן, מאחר שכבר כיום מתוכננת הקמת מאגר של סרבני גט (ראו הצעת החוק של רויטל סוויד, לעיל ה"ש 80). עובדת סרבנות זו יכולה להשתקף גם בהנחיה לבייש אקטיבית בפסיקת בית הדין. אציין כי ייתכן שיווצר אפקט זליגה, והפרקטיקה תהפוך לרווחת בהקשרים נוספים על ההקשר הצר של סרבנות גט.

לסיום התייחסתי לביקורות על המודל ומגבלותיו. חתמתי בקריאה למתווי המדיניות לקדם דיון מתקדם יותר באשר לביוש "טוב" ולהתוות קווים מנחים להחלתו. מובן כי מאמר זה אינו סוף פסוק. הוא מותיר שאלות פתוחות, מעורר שאלות נוספות ומחייב פיתוח במחקרים עתידיים. לדוגמה: אם וכיצד ראוי להנחות את שיקול הדעת השיפוטי בהחלת ביוש "טוב"; מה היקפה הראוי של הזכות להישכח כשמדובר באישי ציבור ובידוענים שביושו; מה בנוגע לביוש תאגידים; מהם גבולות הזכות להישכח לגבי התפשטות סוגים אחרים של מידע אישי שאינם באים בגדר מקרה המבחן של ביוש; אם ואימתי ראוי לאפשר ערפול המידע לגביהם; כיצד אפשר להתמודד עם ביוש "רע" המתפשט במסגרת אפליקציות דוגמת WhatsApp שאינן שולטות במידע העובר דרכן במקרים שבהם המפרסם לא מחק את הדברים בזמן חלון ההזדמנויות למחיקה; מה באשר לסעדים לנזק דיגיטרי שהוא תוצר של עיבוד וניתוח מידע אישי ויצירת מניפולציה שפוגעת בפרט מבלי לבייש אותו בפומבי בעיני החברה אך לעיתים עלולות להיות לה השלכות קשות יותר, לדוגמה החלת מודלים של תחזיות שמובילים לאפליה ובעקיפין להשפלת הפרט בעיני החברה.³⁹¹ שאלות אלו ואחרות נותרות למחקר עתידי.

391 ראו בהקשר זה Tal Zarsky, *An Analytic Challenge: Discrimination Theory in the Age of Predictive Analytics*, 14 J. L. & POL'Y FOR THE INFO. SOC. 11 (2018).