

## שיתוף לשון הרע ברשתות חברתיות

### בעקבות ע"א 1239/19 שאול נ' נידיילי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2020)

מאת

מיכל לביא\*

פלוגי גילה יום אחד כי שמו הוכפש בפוסט שפורסם ברשת חברתית. פלוגי טוען כי התוכן שקרי, אולם אינו יודע מי האחראי הישיר לביטוי. ההתבטאויות אינן כוללות את שמו האמיתי של המפרסם אלא מסתפקות בכינוי. פרטים רבים שיתפו את הפוסט לפרופילים האישיים שלהם ברשת החברתית והגבירו את תפוצתו ואת היקף הנזק לשמו הטוב של פלוגי. בצד לו תבע פלוגי את משתפי הפוסט המשמיץ. האם ראוי להטיל אחריות ללשון הרע על משתפי הפוסט אף שלא חיברו אותו ולא הוסיפו לו דבר? בית המשפט העליון בעניין שאול נ' נידיילי תקשורת בע"מ השיב לאחרונה לשאלה זו בחיוב. פסק הדין החיל את דיני לשון הרע הכלליים החלים על חזרה על מה שנאמר והתאים את דיני לשון הרע למציאות הדיגיטלית באמצעים פרשניים. רשימה זו מבקשת להאיר כמה נקודות בעקבות פסק הדין. הרשימה תעמוד על השיקולים לאחריות המשתף ותטען כי קביעה גורפת של פטור או אחריות לשיתוף אינה ראויה ויש להתבונן על השפעות השיתוף על ההקשר של זרימות מידע בבחינת אחריות המשתף. בהמשך תציע הרשימה כי ראוי לאמץ את מודל האחריות השיווית שלפיו ככלל תביעת המשתף תאפשר רק לאחר שייכשל הניסיון לאתר את המפרסם, והיא לא תאפשר אם אפשר לאתרו ולתבוע אותו. מנגנון זה יאפשר לאזן כראוי בין השיקולים לאחריות. הרשימה אף תציע יוצאים מן הכלל למודל האחריות השיווית במסגרת חריגים אלו, תביעת המשתף תאפשר גם כאשר אפשר לאתר את המפרסם, ויהיה אפשר לתבוע את המשתף עם המפרסם בו־זמנית. בהמשך תעמוד הרשימה על יתרונות המודל המוצע לעומת תוצאת פסק הדין. לאחר מכן תתייחס הרשימה להחלת הגנות והקלות דיני לשון הרע על שיתוף תכנים משמיצים. הרשימה אף תציע הצעה לצמצום חשיפת המשתפים לאחריות. לבסוף תחתום הרשימה בחשיבות פיתוחם של דיני לשון הרע כדי שיאפשרו הכרעה הוגנת ויעילה בסוגיות חדשות של חזרה על מה שנאמר שמתעוררות ומתפתחות בעידן של הפצת תוכן אלגוריתמית.

\* דוקטור למשפטים, מחברת הספר: **אחריות מתוכי תוכן לעולות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה** (2018); עמיתה במרכז הדר ז'בוטינסקי למחקר בין-תחומי של שוקי הון, משברים וטכנולוגיות; בתר־דוקטורט מהפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; עמיתה בתוכנית משפט וסייבר, מרכז פדרמן ועמיתת חשין לבתר־דוקטורט הפקולטה למשפטים, אוניברסיטה העברית בירושלים (התשע"ח). תודה מקרב לב והערכה נתונה למשתתפי הכינוס העשירי של האגודה למשפט פרטי (יוני, 2020); לעורכת כתב העת **משפטים על אתר** ליהי יעקובי, לעורכות הטכניות בר גרופי ותהל לומפ, לשופטי המאמר, לכלל חברי וחברות מערכת כתב העת **משפטים** ולעורכת הלשונית יהודית ידלין. המאמר מוקדש באהבת אין קץ לזכרה של אמי המופלאה בתבל – אביבה לביא – שליבה הענק נדם לפתע פתאום, והיא בליבנו לעד.

**פתח דבר. א. גלגוליו של פסק הדין בעניין נידילי.** 1. בית משפט השלום. 2. בית המשפט המחוזי. 3. בית המשפט העליון. **ב. חזרה על לשון הרע – גישות שונות במדינות מעבר לים לתחולת דיני לשון הרע על האינטרנט.** 1. חסינות מאחריות לחזרה על לשון הרע – הדין בארצות הברית. 2. אחריות לחזרה על לשון הרע במרחב המקוון – קנדה. **ג. פסק דין נידילי: שיקולים נורמטיביים לאחריות המשתף ושאלות של הקשר.** 1. שיקולים נורמטיביים לאחריות. (א) שיקולים התומכים בפטור מאחריות המשתף. (ב) שיקולים תומכים באחריות המשתף. 2. על הקשר ועל הוצאה מהקשר. 3. על שיתוף תכנים, על הקשר ועל השפעות על זרימות מידע. **ד. מודל האחריות השיורית – נקודת איזון בין שיקולים לאחריות.** 1. חריגים למודל האחריות השיורית. (א) הוספת תוספות לפוסט. (ב) מאמץ מיוחד לשיתוף פוסט משמין. (ג) עיתונאים, נבחרי ציבור ונושאי משרה ציבורית. (ד) דפי בית ציבוריים שמטרתם הבלעדית לפרסם ולשתף פוסטים לציבור. 2. יתרונות מודל האחריות השיורית וחריגיו לעומת פסק הדין. **ה. הגנות והקלות במציאות הדיגיטלית והערות בשולי הדברים.** 1. התאמת ההגנות וההקלות בדיני לשון הרע למציאות הדיגיטלית. (א) צמצום היקף האחריות באמצעות הגנות דיני לשון הרע. (ב) הקלות בפיצוי. 2. הערה בשולי הדברים בדבר שיתוף פוסטים שכוללים זיוף עמוק (deep fakes). 3. לשתף או לא לשתף? על חשיפה לאחריות, סיכון והגדרות הפרטיות. **ו. סיכום וקריאה לעתיד בעידן של הפצת תוכן אלגוריתמית.**

## פתח דבר

ברוב שיטות המשפט קובעים דיני לשון הרע הכלליים כי המפרסם, וברוב המקרים גם אלו שחזרו על דבריו, יכולים להיות אחראים ללשון הרע. בארץ סעיף 19 לחוק איסור לשון הרע, שעניינו חזרה על מה שנאמר, לא העניק פטור לחזרה על פרסום משמין. חזרה על ביטוי משמין היא פרסום לשון הרע ויש אחריות בגינה. חזרה על לשון הרע אף אינה כשלעצמה נסיבה שבגינה ניתנת הגנה למפרסם, וככלל העובדה שהנתבע חזר על דברי אחר אינה שוללת חבות בפיצוי. אולם חזרה על מה שנאמר יכולה להיות שיקול להפחתת הפיצוי כאשר הנתבע חזר על הפרסום המקורי במלואו ונקב את המקור שעליו נסמך.<sup>1</sup> בדומה לדין בארץ, המשפט המקובל שמקורו באנגליה, השווה את אחריות הפרט שחזר על לשון הרע לאחריות הדובר המקורי. כך הדין באנגליה לא פטר את הפרט מאחריות בשל העובדה שהוא רק העביר את ההצהרה הלאה.<sup>2</sup> בדרך זו הלכו גם הדין בקנדה<sup>3</sup> והריסטייטמנט האמריקני.<sup>4</sup>

1 ס' 19 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

2 ראו בדברי ההסבר לס' 2 לחוק איסור לשון הרע האנגלי: Defamation Act 2013, c.26, Explanatory Notes 15 (Eng.) "There is a long-standing common law rule that it is no defense to an action for defamation for the defendant to prove that he or she was only repeating what someone else had said (known as the 'repetition rule')"

3 DAVID A. POTTS, CYBERLIBEL: INFORMATION WARFARE IN THE 21ST CENTURY? 302 (2011); Grant v. Torstar Corp, 2009 SCC 61, para 119 [2009] 3 S.C.R. 640 (Can)

4 RESTATEMENT (2<sup>nd</sup>) OF TORTS § 578 (1977) להרחבה בדבר חזרה על מה שנאמר בשיטות משפט שונות ראו מיכל לביא **אחריות מתוכי תוכן לעולות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה** 378 (2018) (להלן: **לביא אחריות מתוכי תוכן**); מיכל לביא "הוצאה מהקשר, על אחריות מתוכים מקוונים

הרציונל שבבסיס הדין הוא ליצור תמריץ שלילי לחזרה על לשון הרע, מאחר שחזרה על לשון הרע עלולה לפגוע באותה מידה שבה פוגעת ההודעה המקורית.<sup>5</sup> כמו כן בהיעדר אחריות לחזרה על לשון הרע, פרטים וכלי תקשורת לא יסתכנו בהוצאה לאור של תכנים שנויים במחלוקת מחשש לתביעות ויבכרו לחזור על דברי אחרים. התוצאה תהיה דחייה בפרסום תכנים ואפקט מצנן על זרימות מידע. מנגד, מערכת כללים שמטילה אחריות גם על חזרה על אחרים מגבירה את התמריץ להיות המפרסם ומעודדת זרימות מידע.<sup>6</sup>

הדין הישראלי רואה בחזרה על לשון הרע פרסום חדש, על כל המשתמע מכך. שאלת האחריות נבחנת מחדש בנוגע לפרסום החוזר, ורק לאחר קביעת אחריות בוחנים אם יש מקום להקלה בפיוצי. גבולות האחריות לפרסום בחוק איסור לשון הרע רחבים, אך הוא מגדיר פרסומים מותרים או פרסומים שנסכיבותיהם מצדיקות הימנעות מהטלת אחריות. הדבר נעשה באמצעות ההגנות בחוק איסור לשון הרע. אולם חזרה על ביטוי עשויה שלא ליהנות מהגנות שחלות על המוציא לאור המקורי. למשל בדיון הנוסף בעניין דיין-אורבך קבע בית המשפט העליון כי קדימון (פרומו) שערך חלקים מתוכנית טלוויזיה והציג תמונה לא מדויקת אינו מוגן בהגנות שמהן נהנה המשרד.<sup>7</sup> מחוץ למרחב המקוון הדין אפוא אינו פוטר מאחריות לחזרה על מה שנאמר.

בעידן הדיגיטלי חזרה על מה שנאמר היא חזון נפרץ. כל אחד יכול לכתוב מה שהוא רוצה על מי שהוא רוצה מבלי שהעובדות נבדקות טרם פרסומן. טכנולוגיות חדשות מאפשרות הפצת תכנים שנכתבו בידי אחרים והגברת תפוצתם של ביטויים בלחיצת כפתור בקלות, במהירות וביעילות. הביטויים המופצים יכולים לכלול תוכני לשון הרע עוולתיים. הקהל הנחשף לביטויים יכול להיות עצום כאשר פרטים משתפים אותם ברשת ומרחיבים את תפוצתם. ככל שהפעמים שבהן נחשפים לביטוי רבות יותר, כן גדלה אמינותו,<sup>8</sup> וממשיכים להאמין לו אף כאשר יש ראיות לשקריותו.<sup>9</sup> מחקר חדש אף מצא כי משתמשים נוטים לשתף שקרים יותר מאמיתות, מאחר שלתכנים אלה נטייה לתפוס את תשומת הלב ולעורר רגש ותחושה של הפתעה.<sup>10</sup> פרטים משתפים ביטויים מבלי לברר אם הם מבוססים, הביטוי

להפצה משנית ולהשפעה על זמינות מידע" מחקרי משפט לא 491, 509 (2018) (להלן: לביא "הוצאה מהקשר").

5 שם, בעמ' 509 והמקורות המוזכרים שם.

6 שם.

7 דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך (פורסם בנבו, 18.9.2014).

8 Gordon Pennycook, Tyrone D. Cannon & David G. Rand, *Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News*, 147 J. EXPERIMENTAL PSYCH. 1865 (2018).

9 אוויתני פיליפס, *The Toxins We Carry*, COLUM. JOURNALISM REV. (Fall, 2019) <https://bit.ly/3458gXC>.

10 Soroush Vosoughi, Deb Roy & Sinan Aral, *The Spread of True and False News Online*, 359 SCIENCE 1146 (2008). כן ראו לאחרונה – באשר להפצה של שקרים על וירוס הקורונה אשר מתפשטים מהר מחדשות אמת – יוסי הטוני "לשקר יש רגליים: קורונה פייק ניוז מתפשט מהר מחדשות אמת" <https://tinyurl.com/y3u4t6au> (2.7.2020).

נחרט בתודעה וקשה להפריכו.<sup>11</sup> נוסף על זה, לעיתים החוזרים על הביטוי מוסיפים לו פרשנות ויוצרים נרטיב משלהם שיכול להגביר את תוחלת נזקי הביטוי.<sup>12</sup> הפצת לשון הרע יכולה להביא לנזקים כבדים. מאחר שכל אחד יוצר נרטיב משלו לביטוי, קל יותר לאדם שפורסמו עליו עובדות נכונות לטעון שהדברים הם שקר וכזב, לערער את אמינותם של דוברי אמת ולהביא לפגיעה קשה באינטרס הציבורי בחקר האמת.<sup>13</sup> השלכות שיתוף לשון הרע משתרעות אפוא מעבר לפגיעה הפרטית בשם טוב ועולות כדי פגיעה באינטרס הציבורי. לדוגמה, בקמפיין הבחירות לנשיאות בארצות הברית ב-2016 הופצו שמועות שקריות רבות על המועמדים לנשיאות, ורבים מאמינים שהתפשטות שמועות אלו, שרבות מהן עלו כדי לשון הרע על אישי ציבור, השפיעה על תוצאות הבחירות.<sup>14</sup>

חזרה על מה שנאמר במרחב המקוון כוללת דרכי הפצה מגוונות ושונות מדרכי ההפצה שמחוץ למרחב המקוון,<sup>15</sup> והיא שונה במאפייניה מההפצה המסורתית. לכן נדרשת בחינת גבולות האחריות לצורות לא מסורתיות של חזרה על מה שנאמר. בחינה זו רחבה מיריעת רשימה זו שעניינה שיתוף לשון הרע ברשתות החברתיות.<sup>16</sup> הרשימה תתמקד בשאלה אם תקום אחריות לפרט שרק לחץ על הכפתור "שתף" או "צייץ מחדש" והגביר את תפוצתו של פרסום לשון הרע ברשתות. לאחרונה הכריע בשאלה זו בית המשפט העליון בעניין שאול נ' נידילי,<sup>17</sup> ובו תתמקד הרשימה.

11 ראו Neil Levy, *The Bad News About Fake News*, 6 SOC. EPISTEMOLOGY REV. 20 (2017) ("fake news is more pernicious than most of us realize, leaving long lasting traces on our beliefs and our behavior even when we consume it knowing it is fake or when the information it contains is corrected").

12 ראו AN XIAO MINA, MEMES TO MOVEMENTS HOW THE WORLD'S MOST VIRAL MEDIA IS CHANGING SOCIAL PROTEST AND POWER 121–131, 148–150 (2019), שם המחברת מדגימה כיצד "ממים" (פוסטים שחולקים בחברה ובמסגרתם מתפשטים נורמות וערכים) יוצרים פרשנות שונה לאותו אירוע ויכולים להגביר הפצת דיסאינפורמציה.

13 ראו Robert Chesney & Danielle Citron, *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security*, 107 CALIF. L. REV. 1753, 1785 (2019).

14 JULIE E. COHEN, BETWEEN TRUTH AND POWER: THE LEGAL CONSTRUCTIONS OF INFORMATION CAPITALISM 86–89 (2019) שמועות שקריות נוספות בארצות הברית ובעולם. להרחבה על פגיעתן של שמועות שקריות באינטרס הציבורי, ראו Omri Ben Shachar, *Data Pollution*, 11 J. LEG. ANALYSIS 104, 112–113 (2019).

15 לדוגמה, משיכת RSS המזרים תכנים לאתר מאתר אחר, תיוג אדם בפוסט שמפרט לשון הרע על אודותיו, הפניה לדף אחר המכיל לשון הרע באמצעות קישור רגיל או הפניה באמצעות קישור עמוק, המפנה ישירות לתוכן משמייץ בעמוד אחר וממסגר אותו.

16 'שיתוף', כאמור, יוצר קישור לדף אחר אשר מטמיע את התוכן בדף של האדם ששיתף את הדברים, כאשר קהל היעד אינו נדרש ללחוץ על הקישור כדי להיחשף לתוכן – השיתוף למעשה חוזר על התוכן אך הצגתו תלויה בתוכן בדף המקור. להרחבה באשר לקישור מוטמע, ראו מיכל לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות – הצעות לפעולה" **חוקים** יג 59, 134 (2020) (להלן: לביא "התפשטות שמועות").

17 ע"א 1239/19 שאול נ' נידילי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2020) (להלן: עניין נידילי).

**בחלק הראשון** תסקור הרשימה את פסק הדין נידילי בגלגוליו השונים. **בחלק השני** תעמוד הרשימה בקצרה על התייחסות לחזרה על לשון הרע במרחב המקוון מעבר לים. הרשימה תראה כי הדין משקף הבדלי גישה בין מדינות ומסורות שונות של חופש ביטוי, כי קיימות אפשרויות פרשניות שונות בשאלה מתי שיתוף יביא לגיבוש אחריות, וכי חסרה בהירות באשר לשאלת האחריות וגבולותיה. בעקבות הסקירה תטען הרשימה כי נדרשת מסגרת שתאפשר להכריע בסוגיות של חזרה על לשון הרע ולהוביל לתוצאות עקיבות, הוגנות ויעילות שיאזנו כראוי בין השיקולים שבבסיס האחריות. **בחלק השלישי** תעמוד הרשימה על שיקולים שונים התומכים באחריות המשתף ואף תתייחס לטיעוני הנגד. הרשימה תציע להתייחס לחזרה על לשון הרע בראי ההקשר שחזרה זו יוצרת. **בחלק הרביעי** תטען הרשימה כי במרחב המקוון, כאשר אפשר לאתר את המפרסם המקורי, ראוי להביא לצמצום האחריות המשפטית לשיתוף ברשתות חברתיות מאחר שקיימות הצדקות כבודת משקל לצמצום אחריות לשיתוף ברשתות המלווה אינהרנטית בנקיבת המקור ותלוי בו. צמצום האחריות יתאפשר באמצעות מודל של אחריות שיורית, למעט חריגים באשר להם תהיה אחריות המשתף עצמאית.<sup>18</sup> לסיום חלק זה תעמוד הרשימה על יתרונות המודל שהוצע וחריגיו לעומת תוצאת פסק הדין בעניין שאול נ' נידילי. **בחלק החמישי** תתמקד הרשימה בהמשך הדיון כאשר אי אפשר לאתר את המפרסם או במקרים שבהם השיתוף נכנס בגדר אחד החריגים המוצעים במודל. הרשימה תראה כי אף שהמודל המוצע שונה מהמשטר שנוצר לפי פסק הדין, שאלת פרשנות ההגנות מתעוררת כאשר התיק הגיע לדיון. כך, תתייחס הרשימה לקווים המנחים שהותוו בפסק הדין בשאלות של הגנות, הקלות ופיצוי ותעמוד על הצורך בהתאמת פרשנותם לטכנולוגיות משתנות. לבסוף תציג הרשימה המלצה למשתפים לצמצם את חשיפתם לאחריות באמצעות הגדרות הפרטיות. **לסיכום** תחתום הרשימה בקריאה לפיתוח דיני לשון הרע כדי שיאפשרו הכרעה הוגנת ויעילה בסוגיות חדשות של חזרה על מה שנאמר, שמתעוררות ומתפתחות בעידן של הפצת תוכן אלגוריתמית.

## א. גלגוליו של פסק הדין בעניין נידילי

### 1. בית משפט השלום

בשנת 2014 פרסם אלמוני ברשת החברתית פייסבוק פרסומים שונים. אחד מהם היה סטטוס של קבוצת פייסבוק שפרסמה תמונת כלב שעושה צרכיו על המקומון של רמת-גן-גבעתיים. יואל וגלית שאול ראו את הפרסום ולחצו על כפתור ה"חיבוב" (Like). נוסף על זה ראו פרסום אחר שבו מוצגת תמונת המקומון של רמת-גן-גבעתיים בפח אשפה בתוספת תיאור המקומון כ"זבלון" ולחצו על כפתור ה"שיתוף" (Share). כך הועברו הפרסומים בתפוצה

18 הרשימה תציע חריגים למודל אשר בעניינם לא תחול אחריות שיורית: (א) 'משתף' אשר מוסיף תוספות לשיתוף; (ב) 'משתף' אשר משקיע מאמץ מיוחד בשיתוף; (ג) 'משתף' עיתונאי או 'משתף' נבחר ציבור או נושא משרה ציבורית בכירה; (ד) 'משתף' שהוא דף בית ציבורי שתכליתו לשותף פוסטים לציבור הרחב.

נוספת שאליה נחשפו חבריהם בפייסבוק. המוציאה לאור של המקומון, נדיילי תקשורת, תבעה את יואל וגלית שאול כמי שפרסמו לשון הרע בעצם לחיצתם על כפתור החיבוב והשיתוף.<sup>19</sup>

בבית משפט השלום נדחתה התביעה. השופט עודד מאור קבע כי אף שהפרסומים הם לשון הרע, חיבוב הפרסומים באמצעות הכפתור "אהבתי" ושיתופם באמצעות הכפתור "שתף" אינם פרסום לשון הרע. יש לראות בלחיצה על כפתור החיבוב כהסתכלות ממבט הציפור על הפרסום במהירות הקריאה ולא דווקא הבעת תמיכה לכלל האמור בו.<sup>20</sup> פעולת הפרסום אינה אלא תוצר לוואי של מערכת פייסבוק ואף קשורה בהגדרת הפרטיות שקובע מפרסם הסטטוס הראשון.

השופט ציין כי עם השנים ראוי להתאים את הדין למציאות המשתנה ולא לדבוק בהגדרה כוללנית של "פרסומים באינטרנט" בלא להבחין בפעולה עצמה, גם מצד המשתמש. לפיכך אין לראות בנתבעים שחיבבו ושיתפו כמי שפרסמו לשון הרע, מאחר שאין בעצם הלחיצה על כפתור החיבוב או על כפתור השיתוף, שהם כאמור דרישת הפרסום בחוק איסור לשון הרע, את יסוד הבעת לשון הרע, אלא אך את השלב השני, יצירת פעולת ההגעה של הסטטוס לאחר זולת הנפגע, ומשכך פעולות אלה אינן "פרסום",<sup>21</sup> למעט מקרים חריגים שבהם אפשר לראות במי שרק ביצע שיתוף או חיבוב בנוגע לפרסום מעוול לפי חוק איסור לשון הרע מקום שפעולותיו גרמו לפגיעה "משמעותית", חד משמעית ובלתי מוצדקת.

השופט מאור הסביר כי פרשנות זו עולה בקנה אחד עם הגנת הזכות לחופש הביטוי ועם עקרון החוקיות המחייב הסמכה מפורשת בחוק כדי לפגוע בזכות. שיקול נוסף לתמיכה בפטור הוא העובדה שהמשתף, בשונה מהמפרסם, אינו יכול להסיר את הפרסום המקורי על כל גרורותיו.

## 2. בית המשפט המחוזי

על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי, ובמסגרתו הוגשה חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה שהבחינה בין חיבוב (Like) לשיתוף (Share).<sup>22</sup> לפי חוות הדעת, חיבוב יכול להביא להפצת התוכן רק בחלק מהמקרים. ההפצה מתבצעת בידי אלגוריתם שאינו בשליטת המשתמש בכל מקרה ומקרה, לפיכך אין לראות בפעולה זו פרסום. בשונה מפעולת החיבוב, תכלית פעולת השיתוף היא להעביר תוכן הלאה ולחשוף אותו לאנשים נוספים, והיא תמיד תוביל להצגת הפרסום בפרופיל המשתמש. הפעולה אינה מקרית או אגבית. לפיכך פעולת השיתוף תיחשב לפרסום לפי סעיף 2 לחוק איסור לשון הרע. אולם אפשר שהמפרסם יינה מהקלות ומהגנות חוק איסור לשון הרע, ובית המשפט יוכל להתחשב

19 ת"א (שלום ת"א) 19430-03-14 נדיילי תקשורת בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 4.8.2016) (להלן: עניין נדיילי שלום).

20 שם, פס' 65.

21 שם, פס' 72-73.

22 ראו עמדת היועץ המשפטי לממשלה בע"א (מחוזי ת"א) 35757-10-16 נדיילי תקשורת בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 16.1.2019) (הוגשה ביום 18.11.2018) <https://tinyurl.com/y2yy7zor>.

במצב שבו היו הדברים חזרה על מה שנאמר והנתבע מציין במפורש את המקור הראשוני לפרסום. כמו כן באשר לשיתוף תוכן עובדתי יש לראות במשתף מי שנמצא בדרגה נמוכה מזו שנמצא בה כותב התוכן ולהתאים את ההגנות וההקלות לעידן המודרני ולטכנולוגיות המשתנות.

בבית המשפט המחוזי קיבל השופט שנלר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וחייב את הנתבעים בפיצוי.<sup>23</sup> השופט הסביר כי המחבב תוכן למעשה מודיע לפרסום ולחבריו כי הפרסום נשא חן בעיניו, אולם אותם פרטים כבר נחשפו לפרסום המקורי. אפשר שחיוב יגרום לחשיפת התוכן לחבריו של המחבב את התוכן, אולם חשיפה זו אינה ודאית. מעצם הבחירה לחבב תוכן ולא לשתפו אפשר להסיק כי נושא החשיפה הנוספת לא היה הגורם בפעולת החיבוב. בשונה מזה, תכלית פעולת השיתוף היא לחשוף את התוכן למשתמשים נוספים והיא מכוונת להפיץ את הפרסום לאחריים.<sup>24</sup>

בית המשפט ציין כי ראוי להרחיב את ההסדרים הנוגעים לפרסומים מותרים להגנות ולהקלות העומדות לפרסום בחוק כדי להימנע מאפקט מצנן לא פרופורציונלי. סעיף 19(1) לחוק מספק הקלה במקרה של שיתוף פוסט ברשת פייסבוק כי מדובר בחזרה על מה שכבר נאמר. האופי המצטט של הפעולה הוא מובנה והוא חלק אינהרנטי מפעולת השיתוף שמביא את הדברים בשם אומנם. כמו כן, במקרים שבהם מדובר בשיתוף תוכן עובדתי, בעיקר אם מדובר בתוכן הנחזה להיות אמת בעיני הקורא הבוחר לשתפו, יש לראות במשתף מי שמצוי בדרגת אחריות פחותה מזו שבה מצוי המפרסם המקורי באשר ליכולתו לעמוד מאחורי אמיתות התוכן. לכן בבחינת הגנת אמת הפרסום בסעיף 14 לחוק יש להתמקד בשאלת קיומו של העניין הציבורי בתוכן במקרים שבהם הפרסום המקורי נחזה להיות אמת, ואין אפשרות סבירה לוודא כי העובדות שאותן שיתפו אינן אמיתיות. בית המשפט הציע אף לפרש בהרחבה את הגנות תום הלב בסעיף 15 לחוק.<sup>25</sup> אולם בשל ההסכמה הדיונית שאלה הגיעו הצדדים ולפיה הדיון יוגבל לשאלה אם שיתוף וחיבוב יכולים לגבש עילה בלשון הרע, לא נדרש בית המשפט לבחון את תחולת ההגנות וחייב את הנתבעים בפיצויים.

### 3. בית המשפט העליון

בערעור לבית המשפט העליון הותיר הרכב בראשות השופטת פרופ' דפנה ברק-ארז את החלטת בית המשפט המחוזי על כנה.<sup>26</sup> ראשית עמדה השופטת ברק-ארז על חשיבות תביעת המשתף בשל קיומם של חשבונות פיקטיביים ועמודים המייצגים קבוצות שזהות מנהליהם אינה תמיד חשופה שמקשים את תביעת המפרסם.<sup>27</sup> השופטת ציינה כי כל הכרעה הנוגעת לאופן תחולתו של חוק איסור לשון הרע על התבטאויות ברשתות החברתיות כרוכה במאמץ פרשני כדי לשמור על נקודת האיזון הנכונה בין מימוש תכליתו של חוק איסור לשון

23 ראו ע"א (מחוזי ת"א) 35757-10-16 נדיילי תקשורת בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 16.1.2019).

24 שם, פס' 78.

25 שם, פס' 81.

26 עניין נדיילי, לעיל ה"ש 17.

27 שם, פס' 7. לדוגמה, הפרסום המקורי בעניין נדיילי (שם, פס' 14) פורסם בקבוצה "גבעתיים מחרימה את המקומון" שזהות מנהליו אינה ידועה.

הרע לבין האינטרסים הציבוריים החשובים שמנגד ובראשם חופש הביטוי.<sup>28</sup> השופטת הבחינה בין מישור העילה – אילו פעולות ברשתות החברתיות עולות כדי "פרסום" – לבין מישור ההגנות – כיצד יש לפרש תכליתית את תחולת ההגנות בחוק באשר לפעולות שהן פרסום.<sup>29</sup>

פסק הדין אימץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה יש להבחין בין פעולת השיתוף לבין סימון החיבוב ולקבוע כי רק הראשונה עולה כדי פרסום כמובנו בחוק איסור לשון הרע.<sup>30</sup> פעולת השיתוף יוצרת מעין "עותק" של הפרסום אשר יוצג לחבריו או לעוקביו של המשתף ברשת החברתית. מדובר אפוא בפעולה של חזרה על פרסומים מסוימים החושפת אותו למשתמשים נוספים, שיכולה להקנות לפרסום תפוצה נרחבת מזו שהיה מקבל ללא השיתוף.<sup>31</sup> מנגד, קשה לראות בסימון החיבוב יצירת "עותק" של הדברים וחזרה עליהם. אכן, לעיתים האלגוריתם של הרשת החברתית מוביל לעדכון של משתמשים נוספים ברשת בדבר התרחשות הפעולה, וכך הם נחשפים לפרסום המקורי מושא החיבוב. אולם במצב דברים זה אין לומר שהמשתמש עצמו, אשר לא ביקש ליצור עותק של הפרסום המקורי, הוא שחוזר עליו לפני משתמשים אלו, אלא שהוא רק משפיע בעקיפין על פעולת האלגוריתם של הרשת החברתית.<sup>32</sup> חיבוב דומה לתגובה לפרסום המכיל לשון הרע. ייתכן שבדומה לזה יוביל הדבר לחשיפת הפרסום מושא התגובה למשתמשים נוספים, אולם יש להתמקד בתוכן תגובת אותו משתמש ולא בעצם החזרה על הפרסום, הנעשית טכנית ללא מעורבותו הפעילה.<sup>33</sup>

בהמשך עמדה השופטת ברק-ארז על הסתייגויות באשר להכרה בפעולת שיתוף כפרסום לפי חוק איסור לשון הרע. ראשית, החשש מפני "תביעה ברונית" ושימוש לא הוגן בכוח התביעה.<sup>34</sup> כדי להתמודד עם חשש זה המליצה השופטת כי ברירת המחלף היא כי התביעה תוגש קודם כול נגד המפרסם המקורי, ש"חולל" את הפגיעה בשם הטוב ושכוחו להסיר מייד את הפרסום, והוא יוסר אוטומטית גם מחשבונות המשתתפים האחרים, בשונה מהמשתף שיכול למחוק רק את השיתוף מטעמו.

שנית, החשש מפני תביעות השתקה היוצרות "אפקט מצנן" כלפי התבטאות לגיטימית. כל הרחבה של גבולות דיני הדיבה צריכה להיעשות אגב מודעות ורגישות גם לסוגיה זו.<sup>35</sup> שלישית, החשש מפני הצפת בתי המשפט. משתמשים רבים אינם מודעים להשלכות המשפטיות שעלולות להיות לשיתוף פוסט ועשויים לשתף באגביות, בשונה מפרסום

28 שם, פס' 38 (יוער כי האיזון בין חופש הביטוי לכבוד האדם הם תכלית חוק איסור לשון הרע המאזן בין זכויות אלו במסגרת ההגנות וההקלות. אולם כך הוצגו הדברים בפסק הדין).

29 שם, פס' 39.

30 שם, פס' 43.

31 שם, פס' 45.

32 שם, פס' 46 (שם מפנה השופטת לחאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 197–195 (מהדורה שנייה, 2019); וכן לאורי שנהר דיני לשון הרע 86–87 (1997), ומציינת שהפרסום על-פי חוק צריך להתבטא במעשה אקטיבי).

33 שם, פס' 46.

34 שם, פס' 49.

35 שם, פס' 50.



"מסורתית" בכתב. מאפיינים אלו מעוררים חשש מפני הרחבה ניכרת של מעגל הנתבעים הפוטנציאלי והצפת בתי המשפט, בין היתר בתביעות סרק או בתביעות בעלות אופי גבולי.<sup>36</sup> השופטת סברה כי המענה העיקרי לחששות שלעיל מצוי במנגנונים "מאזנים" המובנים בהגנות ובהקלות הקבועות בחוק איסור לשון הרע ובמנגנון חיצוני – הדוקטרינה הכללית של איסור שימוש לרעה בהליכי משפט.<sup>37</sup>

הקמת מחסום דיוני בפני תובע חסר תום לב יכולה לצמצם שימוש לרעה בהליכי משפט ולאפשר את סילוק התביעה על הסף.<sup>38</sup> בשלב המקדמי יש לשאול אם התובע נקט בררנות יתרה, העולה כדי חוסר תום לב, בבחירתו לתבוע את המשתף. יש לבחון את היקף החשיפה של הפרסום המקורי למול היקף חשיפת השיתוף שבגינו הוגשה התביעה (המשתקף במספר החיבורים והשיתופים) ואת מספר משתפי הפרסום העולתי שנתבעו ביחס למספר המשתפים שלא נתבעו (כמו גם את היקף התפוצה של השיתופים שלא נתבעו). כאשר בחר התובע לתבוע משתפים, והיקף הפרסום נבע רובו ככולו מהפרסום העיקרי, או בחר לתבוע מעטים מבין רבים ששיתפו, כאשר התפוצה הנוספת שהסב שיתופם של הנתבעים אינה רחבה, יכול שיקום מחסום דיוני לדון בתביעתו נגד המשתף או המשתפים הספורים שבחר לתבוע. מחסום זה יאפשר לסלק תביעתו על הסף ואף לפצות את הנתבע בגין שימוש לרעה בהליכי משפט. התובע יוכל להצביע על טעמים מיוחדים לבחירות חשודות. לדוגמה, להצביע על שבחר לתבוע משתף מסוים משום שכלל בשיתוף התוכן גם פרסום עולתי מקורי (על דרך של הוספת מלל או ביטוי אחר לשיתוף). טעמים נוספים שבכוחם להסביר בחירה במשתף מסוים נוגעים להיותו של הפרסום המקורי אנונימי, או בלתי מזהה, או לכך שהמשתף הוא דמות ציבורית, או שהשיתוף שעשה זכה לחשיפה מרובה ותרם רבות להפצת לשון הרע ולפגיעה בתובע. כאשר מתקבלת בקשת סילוק על הסף של תביעה בררנית, או כזו שמעלה אינדיקציה אחרת לשימוש לרעה בהליכי משפט, אפשר שגם יושתו על התובע הוצאות משפט.

פרשנות הגנת אמת והגנות תום הלב בחוק איסור לשון הרע אף הן כלי לצמצום היקף האחריות,<sup>39</sup> ואילו ההקלות בחוק יכולות להביא להפחתה ניכרת של סכום הפיצוי. תחולת ההגנות וההקלות על המקרה לא נידונה בפסק הדין בשל ההסכמות הדיוניות שאליהן הגיעו הצדדים, אולם השופטת ברק-ארז ציינה כי לולא ההסכמות הייתה חלה על המקרה ההקלה בסעיף 19(1) לחוק איסור לשון הרע, המאפשר הקלה בפיצוי לחזרה על מה שנאמר ונקיבת המקור שעליו החוזר על הדברים נסמך.

השופטת וילנר הסכימה עם חוות דעתה של ברק-ארז, הדגישה את חשיבות האיזון בין חופש הביטוי לשמו הטוב של אדם לנוכח אפשרויות ההפצה, התפשטות הביטוי ופוטנציאל

36 שם, פס' 51.

37 שם, פס' 52.

38 שם, פס' 53.

39 שם, פס' 57.

הנזק במרחב המקוון והציעה אף היא להחיל כמה וכמה מנגנונים להגנה על חופש הביטוי מהגבלות יתרות.<sup>40</sup> השופט מזוז הצטרף לפסק הדין.

## ב. חזרה על לשון הרע – גישות שונות במדינות מעבר לים לתחולת דיני לשון הרע על האינטרנט

פסק הדין נדיילי אפשר להטיל אחריות בגין שיתוף לשון הרע ולא הוציא את ההפצה המשנית באינטרנט מדיני לשון הרע הכלליים. אולם הוא הציע התאמה ופיתוח של דיני לשון הרע לנסיבות ההפצה באינטרנט. מדינות שונות התמודדו עם אחריות המתווך במגוון דרכים והגיעו לתוצאות שונות בסוגיית האחריות. בחלק שלפנינו אתייחס בקצרה להתמודדות עם סוגיה זו מעבר לים.

### 1. חסינות מאחריות לחזרה על לשון הרע – הדין בארצות הברית

ב-8 בפברואר 1996 פרסם ג'ון פרי בארלו, אקטיביסט לזכויות אדם דיגיטליות ומייסד ארגון ללא כוונת רווח לשמירה על חירויות באינטרנט, את הכרזת העצמאות של האינטרנט (מרשתת).<sup>41</sup> ההנחה שבבסיסה היא שהאינטרנט שונה מאמצעי התקשורת שקדמו לו, הסדר החברתי באינטרנט הוא תוצאה של דיון בתוך הקהילה, ולא רצוי להתערב בו באמצעות כוח ריכוזי של כפייה ממשלתית.<sup>42</sup> לפיכך על הממשל להימנע מלהכביד על זרימות המידע בו באמצעות חוקים ורגולציה. הכרזה זו משקפת גישה שלפיה האינטרנט הוא יוצא מן הכלל באשר לתחולת הדין, ובשל השוני בין האינטרנט למרחב הפיזי אין הדין צריך לחול עליו כלל.

הגישה הרחבה המחריגה את האינטרנט מתחולת הדין הכללי היא בליבו של סעיף 230 לחוק המהוגנות בתקשורת בארצות הברית (להלן: "סעיף 230"),<sup>43</sup> שמקנה חסינות מאחריות לספק תוכן או למשתמש של שירות מחשב אינטראקטיבי כאשר לתוכן שסיפק ספק תוכן אחר. ספק תוכן מוגדר כל אדם או ישות שאחראי אחריות מלאה, או חלקית, ליצירה ולפיתוח של תוכן שסופק באינטרנט או בשירות מחשב אינטראקטיבי אחר.<sup>44</sup> הקונגרס האמריקני הצהיר כי הדין החל כאשר לאחוריות המפרסם אינו חל על מתווכים מקוונים ועל משתמשים בגין תוכן שהם לא חיברו או פיתחו. הרציונל שמאחורי החסינות הוא מניעת אפקט מצנן על הביטוי בשיח וקידום השימוש באינטרנט, כמו גם שימור השוק החופשי התחרותי. רציונל נוסף הוא להביא להתפתחותה של דינמיקת "שומרוני טוב" בקרב

40 שם, פס' 5-6 ("הנה כי כן, פרסום המכיל לשון הרע ברשתות החברתיות, כמו גם שיתופו על ידי משתמשים שונים, עלול להביא להכפשה של מושא הפרסום באופנים ייחודיים וחמורים ביחס לפרסומו באמצעי תקשורת מסורתיים").

41 JOHN PERRY BARLOW, A DECLARATION OF THE INDEPENDENCE OF CYBERSPACE (2016) ראו

42 JEFF KOSSEFF, THE TWENTY-SIX WORDS THAT CREATED THE INTERNET 8-77 (2019)

43 47 U.S.C. §230 (2006)

44 47 U.S.C. §230 (f)(3)

אתרי האינטרנט מתוך אמונה כי חסינות מאחריות תעודד אותם לסנן תכנים מזיקים מבלי שתקום אחריות מקום שפעולות הבקרה לא צלחו.<sup>45</sup> בארצות הברית לחופש הביטוי מקום של בכורה, בייחוד במרחב המקוון. החסינות בסעיף 230 משקפת את העדפת זכות זו על פני זכויות אחרות.<sup>46</sup> בתי המשפט פירשו את סעיף 230 בהרחבה.<sup>47</sup> בעניין *Zeran*<sup>48</sup> פרסם אדם בלוח המודעות של אמריקה-אונליין הודעה שקרית שלפיה מר זרן מוכר חולצות שמהללות את הפיגוע שאירע באוקלהומה סיטי והורה לכל המשתמשים להתקשר לביתו. בעקבות זאת התקשרו אליו משתמשי אמריקה-אונליין זועמים ללא הפסקה. זרן תבע את אמריקה-אונליין שהתשללה בהסרה מיידית של הפוסט השקרי. בית המשפט קבע שאמריקה-אונליין אינה נושאת באחריות אף שידעה על קיומה של ההודעה והמשיכה לאפשר הפצתה, מאחר שמפיצים הם תת-סוג של מפרסמים ולכן חלה עליהם חסינות סעיף 230.

בעניין *Batzel*,<sup>49</sup> קיבל מפעיל אתר ורשימת תפוצה אלקטרונית של רשת האבטחה של המוזאונים שתפקידה לפרסם פוסטים על אומנות גנובה, דוא"ל מאדם שטען ששעה שהוא ביצע עבודה בכיתה של גב' אלן בצל, היא התרברבה לפניו שהיא נכדתו של היינריך הימלר הנאצי. שולח הדוא"ל טען שראה מאות תמונות מאירופה תלויות על קירות ביתה ושהיא אמרה לו שירשה אותן. השולח כתב שהוא מאמין שהציורים הללו נגזלו מיהודים במלחמת העולם השנייה. מפעיל רשימת התפוצה קיבל את ההודעה, יצר בה כמה שינויים עריכתיים, פרסם אותה ברשת של המוזאון ובאתר ואפשר לציבור לראותה אף שהשולח לא התכוון לחלוק אותה פומבית. בעקבות זאת רבים מלקוחותיה של בצל עזבו אותה. בצל תבעה את עורך רשימת התפוצה ואת המוזאון. בית המשפט דן באחריות מפעיל רשימת התפוצה לפרסום הודעת הדוא"ל והחיל את החסינות שבסעיף 230 בקובעו שאחריות אינה צריכה לחול אם אדם סביר באותה עמדה האמין שצד שלישי סיפק את המידע להפצה.<sup>50</sup> בית

45 לביא אחריות מתוכי תוכן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 194.

46 עניין ההגנה המורחבת המוקנית לחופש הביטוי בארצות הברית במרחב המקוון – לעומת ההגנה מחוץ לאינטרנט וכן לעומת היקף ההגנה באירופה – ראו Oreste Pollicioni & 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); Woodrow Hartzog & Neil Richards, *Privacy's Constitutional Moment and the Limits of Data Protection*, 61 B.C. L. REV. 1687 (2020); Eric Goldman, *Why Section 230 Is Better than the First Amendment*, 95 NOTRE DAME L. REV. ON. 33 (2019); MARY ANNE FRANKS, *THE CULT OF THE CONSTITUTION* 171 (2019) (הכותבת מבקרת את ההעדפה הכמעט מוחלטת של חופש הביטוי המשרתת תאגידי ענק ובעלי כוח ולמעשה מדכאת קבוצות אוכלוסייה מוחלשות. בספרה הגדירה העדפה זו "כת החוקה" ו"פונדמנטליזם של חופש ביטוי").

47 Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *The Internet as a Speech Machine and Other Myths Confounding Section 230 Reform*, U. CHI. LEGAL FORUM (forthcoming, 2020) (שם המחברות מסבירות כי בתי המשפט העניקו למתווכים במרחב המקוון הנחות שלא היו זמינות למתווכים מחוץ למרחב המקוון).

48 *Zeran v. Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 29–328, 332 (4th Cir. 1997)

49 *Batzel v. Smith*, 333 F.3d 1018 (9th Cir. 2003)

50 שם, בעמ' 1034.

המשפט סיכם כי החסינות מאחריות חלה על מפעיל רשימת התפוצה. פסק הדין לא התמודד עם השאלה אם מנהל רשימת תפוצה הוא ספק שירותי מחשב אינטראקטיביים. תחת זאת פירש את סעיף 230 בהרחבה והחיל אותו גם על כל משתמש שחוזר על תוכן שסיפק גורם אחר.<sup>51</sup> נוסף על זה, דחה בית המשפט ניסיון להבחין בין בחירה לפרסם תוכן של צד שלישי, פעולה המקיימת שליטה עריכתית רבה בתכנים לכתחילה, לבין סירוב להסיר תוכן שפרסם אחר והחיל את סעיף 230 לשני המקרים.

ברעת המיעוט התנגד השופט Gould לדעת הרוב והסביר שבהענקת חסינות לצד שהפיץ את הפרסומים של כותב אחר שהתכוון להפיצם בית המשפט מפתח כלל שמעודד הפצת שקרים מבלי לשאת באחריות.<sup>52</sup> עוד ציין השופט כי עצם בחירת תוכן להפצה באינטרנט יוצר את הרושם שהמידע ראוי להפצה.<sup>53</sup>

חסינות מאחריות להפצת הודעת הדוא"ל המשמיצה שנשלחה לרשת האבטחה של המוזאונים באינטרנט מרחיקת לכת. בריאיון של פרופ' ג'ף קוסף (Kossef), חוקר מוביל בתחום האינטרנט, המשפט והטכנולוגיה, עם כריס קוקס (Cox), אחד משני יוזמי סעיף 230, אמר קוקס שכאשר ניסח את הסעיף הייתה כוונתו להגן על חברות שמתמודדות עם כמויות גדולות של תוכן שמופץ באתריהן ובכך לאפשר למשתמשים לפרסם תכנים, והוא לא כיוון לרשת אבטחה של מוזאונים שיכולה להפעיל שליטה עריכתית בתכנים המתפרסמים בה בקלות.<sup>54</sup> אולם גם לאחר פסק דין בצל המשיכו בתי המשפט בגישה מרחיבה זו והחילו את סעיף 230 גם כאשר לא היה ספק כי החוזר על דברי אחר הוא משתמש ולא ספק שירותי מחשב. בעניין *Barrett*<sup>55</sup> הפעילו ד"ר בארט ושותפו אתרים לחשיפת הונאות בתחום הבריאות. רוזנטל, שהייתה מנהיגת ארגון נשים ומפעילת קבוצת דיון ברשת, הפיזה השמצות שנכתבו בידי צדדים שלישיים ונשלחו אליה בדוא"ל בקבוצות אינטרנטיות שבהן הייתה חברה והמעיטה בכישוריהם של הרופאים. רוזנטל לא חדלה מהפצת ההשמצות גם לאחר שבארט ושותפו ביקשו ממנה לחדול מכך ולכן תבעו אותה בבית המשפט. רוזנטל טענה לחסינות, לפי חוק המהוגנות בתקשורת, מאחר שלא היא חיברה את התוכן אלא חזרה על הצהרות שקיבלה בדוא"ל.

בית המשפט של קליפורניה לא פטר את רוזנטל מאחריות,<sup>56</sup> אולם בערעור לא הבדיל בית המשפט העליון של קליפורניה, בהתחשב בחוות דעת של ידיד בית המשפט,<sup>57</sup> בין ספק

51 שם, בעמ' 1030–1031 (קביעתו של השופט ברנוון: "There is, however, no need here to decide whether a listserv or website itself fits the broad statutory definition of 'interactive computer service', because the language of § 230(c)(1) confers immunity not just on 'providers' of such services, but also on 'users' of such services").

52 שם, בעמ' 1038.

53 שם, בעמ' 1039.

54 KOSSEFF, לעיל ה"ש 42, בעמ' 113.

55 *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510, 515 (Cal. 2006); *Jae Hong Lee, Batzel v. Smith & Barrett v. Rosenthal: Defamation Liability for Third-party Content on the Internet*, 19 BERKELEY TECH.L.J. 469 (2004).

56 *Barrett v. Rosenthal*, 112 Cal. App. 4th 749 (Cal. Ct. App. 2003).

57 Brief of Amicus Curiae Amazon.com, Inc. et al., at 37–38, *Barrett v. Rosenthal* (Cal. Dec. 6, 2004).

שירותי אינטרנט למשתמשים וקבע כי הסעיף מעניק חסינות לא רק לספק של שירותי מחשב המתווך תוכן אלא גם למשתמש אינדיווידואלי. נקבע כי מטרת הקונגרס בסעיף 230, בשמירה על הזכות לחופש הביטוי באינטרנט, תומכת בהרחבת החסינות למשתמשים החוזרים על תכנים שחיברו אחרים.

יצוין כי חסינות סעיף 230 מכוונת לתוכן שסיפק ספק תוכן אחר, אולם לא תחול אם המשתמש שחזר על לשון הרע היה אחראי אחריות מלאה, או חלקית, ליצירה ולפיתוח של התוכן המשמין. לנוכח זאת כאשר הוסיפו הנתבעים תוספות משמיות לתכנים, היו בתי משפט שנמנעו מהחלת החסינות, ותביעת לשון הרע לא נדחתה בשלב מקדמי. לדוגמה, לאחרונה בעניין La Liberté לא הוחלה חסינות סעיף 230 באשר לנתבע שציין מחדש תמונת אישה שהתנגדה למדיניות ההגירה וייחס לה אמירות גזעניות.<sup>58</sup> אולם לעניין תחולת החסינות, כאשר הוספו תוספות משמיות לתכנים שחיברו אחרים הפסיקה אינה עקיבה. בתי משפט רבים מחילים את החסינות גם כאשר החוזרים על תוכן שחיברו אחרים הגיבו לתכנים או הוסיפו להם תוספות שהעצימו את היסוד העוללי של הביטוי המקורי.<sup>59</sup>

אסכם כי ככלל פרשנות בתי המשפט לחסינות מרחיבה את כוונת מנסחי סעיף 230 ואף יוצרת איזון בין חופש הביטוי לזכות לכבוד במרחב המקוון השונה מהאיזון באשר לחזרה על לשון הרע בדיני לשון הרע הכלליים. בדיני לשון הרע הכלליים מוטלת אחריות גם לחזרה על תכנים שחיברו אחרים כשלעצמה, אך הפסיקה באשר לסעיף 230 מצביעה על איזון אחר ופוטרת מאחריות לחזרה זו.<sup>60</sup>

בשולי הדברים יצוין כי כיום סעיף 230 נתון במתקפה. לאחרונה, בעקבות סימוניה של הרשת החברתית טוויטר ציוצים לא מדויקים שפרסם הנשיא הארבעים וחמש של ארצות הברית דונלד טראמפ,<sup>61</sup> חתם טראמפ על צו נשיאותי שתכליתו לצמצם את חסינות הרשתות החברתיות מאחריות לתוכני משתמשים אשר מאפשרת להם לקבל החלטות באשר לסוג התכנים שמותר להם לפרסם בפלטפורמה שבבעלותם.<sup>62</sup> עם זאת מלומדים מסכימים כי לצו אין תוקף חוקי,<sup>63</sup> ולאחרונה אף הגיש המרכז לטכנולוגיה ודמוקרטיה עתירה לפסילתו בשל

58 לדוגמה, ראו לאחרונה, פסק דינו של בית המשפט הפדרלי של מחוז השני בארצות הברית: La Liberté v. Reid, 966 F.3d 79 (2d Cir. 2020) ("The June 29 Post did not 'merely repeat [...] what Vargas had 'previously published'. Among other salient differences, Reid's post accused La Liberté of yelling racist insults at the teenager. Nor did Reid simply retweet or share a post that someone (else authored)".

59 ראו Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC, 755 F.3d 398 (6th Cir. 2014); Vazquez v. Buhl, 150 Conn. App. 117, 90 A.3d 331 (2014). להרחבה על גבולות סעיף 230 במקרים של חזרה על לשון הרע והוספת תוספות משמיות לתכנים שחיברו אחרים, ראו לביא **אחריות מתוכי תוכן**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 399–401; לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, בעמ' 540–542.

60 לדין הכללי בריסטייטמנט האמריקני, ראו שם. לתחולה הרחבה של הזכות לחופש הביטוי באינטרנט, ראו Pollicino & Bassini, לעיל ה"ש 46.

61 אחרי שטוויטר סימנו את ציוציו, טראמפ מאיים: 'נסגור את הרשתות החברתיות' **וואלה** (27.5.2020) <https://bit.ly/37a11co> (להלן: "טראמפ מאיים").

62 ראו Executive Order on Preventing Online Censorship, WHITEHOUSE.GOV (May 28, 2020), <https://bit.ly/31f1AEB>.

63 ראו Jan Wolfe, Trump's Order Taking Aim at Twitter is 'Bluster': Legal Experts, REUTERS (May 28, 2020), <https://reut.rs/352orUZ>.

חריגה מסמכות והיותו מנוגד לתיקון הראשון לחוקה האמריקנית.<sup>64</sup> חיזוק להיעדר תוקפו של הצו בא לאחרונה לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט במחוז הצפוני של ניו יורק שקבע כי הצו אינו מעניק סמכות לתביעה של אדם פרטי נגד הרשות החברתיות אף אם הסירו בשירותיות את התכנים שחיבר או את חשבוננו מהרשת.<sup>65</sup>

נוסף על הצו הנשיאותי, לאחרונה מבקשות הצעות חוק חדשות שהוגשו לקונגרס האמריקני לצמצם את היקף החסינות מאחריות אזרחית בסעיף 230.<sup>66</sup> אולם נכון להיום, חסינות סעיף 230 למתווכים ולמשתמשים באשר לפרסום ולהפצה של תכנים שחיברו אחרים עומדת על כנה.

## 2. אחריות לחזרה על לשון הרע במרחב המקוון – קנדה

בשונה מהגישה האמריקנית, מדינות אחרות החילו את דיני לשון הרע הכלליים על האינטרנט וערכו התאמות שונות בפרשנות ובהחלת מודלים של אחריות למשפטי מידע. יש שהתמקדו בשאלת אימוץ התוכן שהמשתף בחר לשתף, יש שהתייחסו לידיעת המשתף על הרחבת קהל היעד, ויש שהתמקדו בעצם יסוד החזרה על לשון הרע.<sup>67</sup> חלק זה יעמוד על פרשנות דיני החזרה על לשון הרע בקנדה בפסק דין מרכזי של בית המשפט העליון. בקנדה, כללי המשפט המקובל החלים על המפיץ מסדירים את האחריות להפצה מקוונת. הגנת המפיץ התמים מגינה על אלו שיש להם תפקיד משני בשרשרת ההפצה.<sup>68</sup> ההגנה הזו פוטרת את המפיצים המשניים מאחריות אם אינם יודעים על הטבע המשמיץ של ההצהרה והפצתו לא הייתה רשלנית.<sup>69</sup>

פסק דין מרכזי בבית המשפט העליון של קנדה עסק בגבולות האחריות לקישורים לתוכני לשון הרע. בשונה משיתוף תכנים, קישורים אינם יוצרים "עותק" של התכנים, אולם

64 *Complaint of the Center for Tech. & Democracy v. Trump* (June 2, 2020) (No. 1:20-cv-01456) <https://tinyurl.com/yy8nxyjk>

65 *Gomez v. Zuckenburg*, 2020 U.S. Dist. LEXIS 130989 (N.D.N.Y. July 23, 2020); Eugene Volokh, *No Claim Against Facebook Based on President's Social Media Executive Order*, VOLOKH CONSPIRACY (July 31, 2020), <https://tinyurl.com/y3bqxwdj>

66 *Online Freedom and Viewpoint Diversity Act*, S. 4534, 116th Cong. (2020) לצמצם את החסינות ובין השאר, לא לכלול בגדרה שינוי ערכתי של תכנים שיצר צד שלישי. להרחבה ראו Calvin Cohen, *Online Freedom and Viewpoint Diversity Act Yet Another Republican Proposal to Limit Section 230 Liability Protections*, INSIDE PRIVACY (Sept. 11, 2020) [bit.ly/3IIWUz8](https://bit.ly/3IIWUz8) הצעת חוק נוספת שהוגשה לצמצום החסינות היא Platform Accountability and Consumer Transparency Act, S. 4066, 116th Cong. (2020) אשר מבקשת לצמצם את החסינות ולא להחיל אותה במקרים של ידיעה על הפצת תוכן בניגוד לדין. כמו כן, מחילה הצעת החוק חובות שקיפות על מתווכי תוכן באשר להסרת תוכני משתמשים.

67 Ronen Perry, *The Law and Economics of Online Republication*, IOWA L. REV. 21 (forthcoming, 2020) (התייחס למודלים אלו במדינות רבות וציין כי בבתי המשפט שאלת האחריות לשיתוף תכנים לא נקבעה בעקיבות ואף באותו מדינה הגיעו לתוצאות שונות).

68 *Iris Fischer & Adam Lazier, Crookes v. Newton: The Supreme Court of Canada Brings Libel Law into the Internet Age*, 50 ALTA. L. REV. 205, 212 (2012)

69 Michal Lavi, *Taking Out of Context*, 31 HARV. J.L. & TECH. 145, 175 (2017)

הם יכולים להגביר את הגישה לתכנים המשמיצים ואת תוחלת נזקיהם. בעניין Crookes v. Newton<sup>70</sup> הנפגע תבע אתר שקישר באמצעות קישורים למאמרים המשמיצים אותו.<sup>71</sup> בערכאה הראשונה נקבע כי לא קמה אחריות להפניות באמצעות קישור מאחר שהן דומות להערת שוליים ואינן פרסום. בית המשפט הוסיף כי כאשר אתר האינטרנט (המתווך) מוסיף פתיח שמתקף את האמור בקישור, המסקנה עשויה להיות שונה,<sup>72</sup> וכך נקבע גם בערעור. בגלגול השלישי דחה בית המשפט העליון את הערעור, אך השופטים נחלקו בהנמקתם את הדחייה. שופטי הרוב, בראשות השופטת Abella, קבעו כי קישור לתכנים אינו פרסום כלל. השופטים Fish ו־McLachlin הסתייגו והבהירו כי הפניה באמצעות קישור אינה מקנה פטור מאחריות אם אפשר להצביע על אימוץ האמור בה,<sup>73</sup> ואילו השופט Deschamp הוסיף והרחיב את היקף האחריות וקבע כי באשר לקישור עמוק, הממסגר את התוכן המשמיץ, עשויה לקום אחריות.<sup>74</sup> ואולם, גם לגישה זו נמצא הנתבע פטור בהיעדר הוכחה שמשמשים נחשפו להשמצות באמצעות הקישור. נוסף על זה, צוין כי בהיעדר מודעות לתוכן המשמיץ שאליו מפנים עשויה לעמוד הגנת המפיץ התמים.

בקנדה אפילו קישור לתכנים, שרק מפנה אליהם ואינו חוזר עליהם, הוביל לדיון שהגיע עד לבית המשפט העליון. אף שלבסוף לא הוטלה אחריות על האתר שקישר לתכנים, הדיון חשף גישות שונות באשר לאחריות, וייתכן שבנסיבות אחרות<sup>75</sup> הייתה מוטלת אחריות.<sup>76</sup> כאשר מתבצעת חזרה על תכנים בפועל, נראה כי בתי המשפט יראו בשיתוף פרסום לפי הדין, ואפשר שהיקף האחריות יהיה רחב יותר.<sup>77</sup>

לסיכום, התוצאה המשפטית באשר לאחריות לחזרה על לשון הרע משתנה בין תרבויות שונות. נוסף על זה, גם כאשר המשטר שחל על המתווך אינו משטר פטור, קיימות אפשרויות פרשניות שונות בתוך אותה שיטת משפט בשאלה מתי שיתוף יביא לגיבוש אחריות, חסרה בהירות, עקיבות ואחידות בשאלת גבולות האחריות ונותרת עמימות.<sup>78</sup> האם די בהרחבת הגישה לביטוי המשמיץ וחשיפתו לקהל חדש כדי להטיל על המשתף תכנים אחריות וראוי

70 Crookes v. Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269 (Can.) (להלן: עניין Crookes-Supreme).

71 באותו עניין הפנה הנתבע באמצעות קישור פעמיים: פעם אחת, באמצעות קישור רדוד והאחרת קישור עמוק שהפנה למאמר המשמיץ. ראו שם; Crookes v. Wikimedia Foundation Inc., 2008 BCSC ; http://canlii.ca/t/21b1z; Crookes v. Newton, 2009 BCCA 392 (CanLII), 1424 (CanLII), http://canlii.ca/t/25md2.

72 Fischer & Lazier, לעיל ה"ש 68.

73 עניין Crookes-Supreme, לעיל ה"ש 70, פס' 50 (שם מבקרים את גישת האימוץ, שכן לא ברור מה בדיוק יהיה אימוץ תוכן האתר שאליו מפנים).

74 שם, פס' 64.

75 לדוגמה, ייתכן שהתוצאה הייתה שונה לו היה האתר מאמץ את האמור בקישור.

76 Karen Eltis, *Is "Truth-telling" Decontextualized Online Still Reasonable: Restoring Context to Defamation Analysis in the Digital Age*, 63 MCGILL L. J. 553, 581 (2018).

77 ראו Perry, לעיל ה"ש 67, בעמ' 25.

78 שם, בעמ' 21 (שם התייחס לגישות שונות לאחריות במדינות רבות ומצא שמודלים נפוצים של אחריות לשיתוף הם מודלים של אימוץ, שיתוף-מבוסס-ידיעה על הרחבת קהל היעד ואחריות לעצם השיתוף. פרופ' פרי אף ציין כי גם כאשר הגישה היא אחריות לאימוץ תוכני לשון הרע, עדיין שוררת עמימות בשאלה מה הוא אימוץ שיוביל לאחריות).



לאמץ את הגישה העולה מתוצאת פסק הדין שאול נ' נידילי, או שנדרש אימוץ של האמור בפרסום המקורי? בחלק ד תציע הרשימה מודל שיוביל לבהירות רבה יותר באשר לגבולות האחריות, לעומת העמימות העולה מן המשפט המשווה, ויאפשר להכריע באחריות המשתף בעקבות. אולם תחילה תעמוד הרשימה על שיקולים נורמטיביים לאחריות.

## ג. פסק דין נידילי: שיקולים נורמטיביים לאחריות המשתף ושאלות של הקשר

### 1. שיקולים נורמטיביים לאחריות

(א) שיקולים התומכים בפטור מאחריות המשתף

אחריות לשיתוף תכנים כשלעצמה יכולה לגרום לאפקט מצנן על חופש הביטוי, על הרציונליים שבבסיסו: האוטונומיה של המשתף, חקר האמת ופיתוח שוק הרעיונות וקידום דמוקרטיה.<sup>79</sup> מאחר שפסק דין נידילי זכה לתהודה רבה בתקשורת<sup>80</sup> ופרטים פועלים בצל המשפט,<sup>81</sup> הם עלולים להימנע משיתוף תכנים לכתחילה בשל חשש מתביעה, עלויות ניהול משפט ועלויות פיצוי הנפגע. פרטים יימנעו משיתוף כל תוכן ביקורתי מחשש לתביעת לשון הרע, אף אם הביטויים שאותם הם משתפים חוסים בהגנות החוק, או שהם תכנים תמימים ואינם לשון הרע כלל.<sup>82</sup> לדוגמה, הם יימנעו משיתוף ביקורות על בתי עסק שהיו יכולות למנוע התקשרויות לא יעילות, או יימנעו משיתוף דיווחים על הטרדות מיניות בקמפיינים ומיוזמות חברתיות חשובות דוגמת תנועת #MeToo.<sup>83</sup> בשל צינון תכנים לגיטימיים ייפגעו זכויות המשתפים ביטוי, וכן ייפגעו זרימות מידע חשובות והשיח הציבורי בכללותו. יצוין כי אף אם יופעלו מנגנונים לצמצום תביעות השתקה, דוגמת חיוב תובע שאינו תם לב בהוצאות משפט, או שהגנות חוק איסור לשון הרע תפורשנה בהרחבה, בכל זאת תהינה השלכות על חופש הביטוי. רבים מהמשתפים הם אנשים פרטיים שעלולים להפוך לנתבעים אך בשל העובדה שלחצו "שתף" מבלי לתמוך או לעמוד מאחורי הדברים שנכתבו בפוסט המקורי. פעמים רבות הם משתפים פוסט רק בשל השפעות הרשת החברתית שיוצרות מפלי ידע ומוניטין. במילים אחרות, פרטים משתפים תכנים בשל הסתמכות על משתמשים אחרים

79 להרחבה על רציונליים אלו, ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, בעמ' 518.

80 ראו לדוגמה אפרת נוימן "לידיעת יאיר נתניהו, העליון קבע כי שיתוף בפייסבוק יכול להיות לשון הרע" <https://bit.ly/2FyEmSg> (8.1.2020) **The Marker**

81 Robert Cooter, Stephen Marks & Robert Mnookin, *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, 11 J. LEGAL STUD. 225 (1982)

82 Cass R. Sunstein, *Falsehoods and the First Amendment*, 33 HARV. J.L TECH 387,400 (2020) (להלן: Sunstein, *Falsehoods*: "[N]o one should doubt that if people could be punished for saying something false, they might silence themselves. The mere possibility of a criminal or civil proceeding might induce self-silencing")

83 Jamillah Williams, Lisa Singh & Naomi Mezey, *#MeToo as Catalyst: A Glimpse into 21<sup>st</sup> Century Activism*, U. OF CHI. LEG. F (2019), [ssrn.com/abstract=3520217](https://ssrn.com/abstract=3520217)



או מחשש לפגיעה במוניטין שלהם אם יפעלו בשונה מחבריהם ברשת החברתית.<sup>84</sup> כך, שיתוף פוסט יכול להתבצע רק בשל העובדה ששיתפו אותו אחרים ולא בשל אידאולוגיה.<sup>85</sup> במשטר אחריות, הטוען לפגיעה יכול לשלוח מכתבי התרעה לפני נקיטת הליכים למספר רב של משתתפים<sup>86</sup> ולתבוע מכל אחד מהם סכום קטן יחסית לסכומים הנפסקים בתביעות לשון הרע. האפקט הרגרסיבי של היעדר ודאות משפטית באשר לתוצאת ההליך יוביל משתתפים להתפשר בטרם נפתח הליך משפטי,<sup>87</sup> להסיר את השיתוף מטעמים ולשלם כדי להימנע מניהול משפט שיכולות להיות לו עלויות התדיינות כבדות וקשה לחזות את תוצאותיו. הטוען לפגיעה ישיג את מטרתו בהסרת שיתופים רבים וקבלת פיצוי מצטבר נכבד, אף אם הביטוי המקורי חוסה בהגנות דיני לשון הרע. כך, אין די בתמריצים השליליים שהוצעו בפסק הדין כדי לפתור את בעיית האפקט המצנן ואת הפגיעה בחופש הביטוי בעקבות פשרה בשלב מקדמי של הדין.

שיקול נוסף לפטור את המשתף מאחריות הוא שאחריות לשיתוף תכנים תפגע ביעילות. טיעון זה מתבסס על ספרות בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט שמתייחסת לתאוריה של דילול אחריות. לפי תאוריה זו, ייחוס אחריות לנזק להרבה מעוולים כאשר כל אחד יכול למנוע את הנזק מוביל לדילול של אחריות.<sup>88</sup> במצב דברים זה אף אחד לא ינקוט אמצעי זהירות אף שהדרך היעילה היא שרק פרט אחד ינקוט אמצעי זהירות. אולם אם רק פרט אחד אחראי, יהיו לו תמריצים להשקיע באמצעי הזהירות ההכרחיים, וכל המעוולים ידעו אקס אנטה שהוא היחיד שמצופה ממנו לנקוט את אמצעי הזהירות. המעוול הבולט עשוי להיות מונע הנזק הזול או האדם שיש לו יחסים חברתיים עם הנפגע, אבל לעיתים מה שמצדיק את ייחוס האחריות לאדם אחד במקום לאחר היא רק העובדה שהוא יכול להיות מובחן מהאחרים.

לכאורה שיתוף תכנים שונה ממצב שבו כל מעוול יכול למנוע את הנזק, מאחר שהמשתתפים אינם יכולים למנוע את נזקי הפרסום או את נזקי השיתופים האחרים אלא רק את נזקי השיתוף שהם יצרו, ולכן בהטלת אחריות על משתתפים לא חלה התאוריה. אולם

84 מפלים נוצרים כאשר פרטים מאמצים את ההצהרות או את הפעולות של קודמיהם ואינם מביעים דעה מנוגדת כי הם מאמינים שקודמיהם צודקים, או ממשכים לאמץ שמועה בעקבות ההמון כדי לשמר את המוניטין.

85 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* ; (SUNSTEIN, #REPUBLIC); *Deliberating Groups* (U. of Chicago Pub. L. & Legal Theory, Working Paper No. 215, 2008).

86 שליחת מכתב בטרם נקיטת הליכים אף תיצור את הרושם לפני בית המשפט כי התביעה אינה ברונית, באשר למשתתפים שיסרבו לשלם וייתבעו בבית המשפט.

87 בהקשר דומה, על האפקט הרגרסיבי של אידואות משפטית באשר להליכי ערעור, ראו אורי וייס "האפקט הרגרסיבי על הפסיקה קמא" משפטים 467 (2010) (היעדר ודאות משפטית תוביל לאפקט רגרסיבי ולפגיעה בעיקר בפרטים שהפרוטה אינה מצויה בכיסם, הם שונאי-סיכון ומצבם הכלכלי אינו מאפשר להם לשכור עורך דין לשם התגוננות מהתביעה).

86 Pery, לעיל ה"ש 67, בעמ' 26 (מסתמך על מלומדים רבים, ראו לדוגמה Alon Harel & Assaf Jacob, *An Economic Rationale for the Legal Treatment of Omissions in Tort Law: The Principle of Saliency*, 3 THEORETICAL INQ. L. 413, 422 (2002); Assaf Jacob, *Dilution of Liability and Multiple Tortfeasors in the Context of Liability for Unrequested Precautions*, 108 MICH. L. REV. FIRST IMPRESSIONS 12 (2009).

כתיבה עדכנית הסבירה כי תאוריית דילול האחריות יכולה להיות תקפה גם למצבים נוספים. פרופ' רונן פרי התמקד באחריות פרטים החוזרים על תוכני לשון הרע שחיברו אחרים ומצא כי תאוריית הדילול תקפה גם כאשר הנזק מוגבר ככל שהמעוולים רבים יותר, אף אם כל מעוול נוסף אינו יכול למנוע את מלוא הנזק, כל עוד כל מעוול גורם לעלייה קטנה בנזק המצטבר. מצב זה מאפיין שיתוף תכנים שבו רק המפרסם יכול למנוע את הנזק בהימנעות מפרסום עוולתי, ועלות מניעת הנזק של המפרסם נמוכה מתוחלת הנזק הצפויה.<sup>89</sup> הטלת אחריות על המשתתפים בזמנית למפרסם תוביל להרתעת חסר, מאחר שבמצב זה המפרסם יהיה אחראי רק לנזקי הפרסום המקורי. בשל היעדר אחריות לשיתופים, תמריציו של המפרסם לנקוט אמצעי זהירות ולבחון מראש אם הדברים שהוא עומד לפרסם הם אמת יהיו קטנים יותר בשל תוחלת הפיצוי שהוא עשוי להיות מחויב בה במקרה שתוטל עליו אחריות לפרסום לשון הרע.<sup>90</sup> נוסף על זה, רווחי המפרסם מהפרסום תלויים גם בחשיפתו המצטברת. כאשר מטילים אחריות על המשתתף להגדלת הנזק, לא יהיה למפרסם תמריץ להימנע מפרסום אם הוא צופה שישתפו את הפוסט כמה פעמים והוא יהיה אחראי רק לנזקי הפרסום המקורי.<sup>91</sup>

כמו כן אחריות המשתתף לא רק מדללת את אחריות המפרסם אלא אף פוגעת בהרתעת המפיצים המשניים (משתפי הביטוי) ובתמריצייהם לנקוט אמצעי זהירות, להימנע משיתוף תוכני לשון הרע מובהקים או בייקטיבית או משיתוף תכנים בדיעה שהם עולים כדי לשון הרע. לטעון זה הטלת אחריות על משתתפים רבים תוביל לדילול של אחריות ותפגע ביעילות מנגנון האחריות משום שהגדלת מספר האחראים תפחית את הנטל שבו יישא כל אחד, מאחר שככל שהמשתתפים מתרחקים מהמפרסם בשרשרת הפרסום פוחתת תרומתם לחשיפת הפרסום, ויכולה להיות השפעה על תמריצייהם לנקוט אמצעי זהירות במידה הרצויה למניעת נזקי השיתוף.<sup>92</sup> הטלת אחריות בלעדית על המפרסם מייתרת את הצורך בהרתעתם. שיקול נוסף לתמיכה בפטור למשתתף תוכני לשון הרע הנוגע אף הוא ליעילות הוא שאחריות לשיתוף תכנים תוביל לעלויות מנהליות כבדות.<sup>93</sup> שיקול זה מקבל משנה תוקף בעיקר בשל פסק הדין בעניין נידילי, אשר בוחן את מספר משתפי הפרסום העוולתי שנתבעו ביחס למספר המשתתפים שלא נתבעו (כמו גם את היקף התפוצה של השיתופים שלא נתבעו) ולמעשה מעודד לתבוע את כל המשתתפים שאפשר לאתרם כדי שהתביעה לא תיתפס בעיני בית המשפט כבררנית או סלקטיבית.<sup>94</sup> התוצאה עלולה להיות אפוא הצפת בתי המשפט.

89 ראו Perry, להלן ה"ש 67, בעמ' 27 ו-32 (מסביר כי התאוריה של הדילול ישימה גם במקרה של חזרה על מה שנאמר).

90 שם, עמ' 34.

91 שם (under-deterrence might occur if the originator's gain from the publication is dependent on aggregate exposure).

92 שם (To begin with, the farther [R]epublishers' deterrence is even more susceptible to dilution. To begin with, the farther republishers' are removed from the originator in the publication chain, the lower their contribution to the overall exposure and harm. More importantly, the farther republishers are removed from the originator the more diluted their liability is).

93 שם, בעמ' 38.

94 עניין נידילי, לעיל ה"ש 17, פס' 48-49.

נוסף על זה, ייתכן כי הכרה עקרונית באחריות המשתף לא תוביל לסעד ותגרום לעלויות רבות יותר מתועלות. בשונה מהמפרסם, שיכול להסיר את הפרסום עם כל השיתופים שנוצרו באמצעות מנגנון השיתוף המוטמע ברוב פלטפורמות הרשתות החברתיות, ובשונה מהמתווך בפלטפורמה, שיכול להסיר את הפרסום המקורי ושיתופיו,<sup>95</sup> המשתף יכול להסיר רק את השיתוף שהוא יצר. לפיכך אפשר לטעון כי על הפתרון להתמקד במפרסם או במתווך, ולא יעיל להטיל אחריות על המשתף. יתרה מזאת, גם כאשר מתמקדים בסעד הפיזיו ולא בסעד של הסרה, ייתכן כי אחריות המשתף לא תוביל לסעד בסופו של דבר. פסק הדין נידילי לא בחן את תחולת הגנות דיני לשון הרע על המקרה בשל ההסכמה הדיונית שאליה הגיעו הצדדים והכריע רק בשאלה העקרונית של האחריות לשיתוף. אולם פסק הדין פותח פתח לפרשנות רחבה של הגנות לשון הרע והקלה בפיצוי כאשר התביעה מכוונת כלפי המשתף שלא יצר את לשון הרע אלא שיתף ביטוי שכבר מצוי בספרה הציבורית מתוך כוונה לעורר דיון.<sup>96</sup> אפשר שעצם ההכרה באחריות לשיתוף כשלעצמו יוביל להצפת בתי המשפט, אולם תביעות רבות יידחו בשל הגנות והקלות דיני לשון הרע, ובסופו של דבר תהיה התוצאה ברוב המקרים היעדר חבות בפיצוי, בדיוק כמו התוצאה במשטר היעדר אחריות לשיתוף.

לבסוף, אחריות לשיתוף תכנים אף עלולה לפגוע בהגינות, מאחר שהמשתף עלול לשתף דברים בשוגג, בייחוד בעידן שבו גלישה מתבצעת במסכים קטנים בטלפונים הניידים.<sup>97</sup> נוסף על זה, אף אם המשתף מודע לפעולת הלחיצה על כפתור השיתוף כשלעצמה, נראה כי בשונה מהעתקה ידנית של תכנים, שיתוף בלחיצת כפתור מתבצע פעמים רבות אוטומטית ואינטואיטיבית ללא חשיבה רפלקטיבית על ההפצה ועל פוטנציאל נזקה.<sup>98</sup> לטעון זה, דרכי הפצה חדשות במרחב המקוון והשלכותיהן על ההפצה יכולות להיות שיקול לאחריות או לצמצום היקפה ולהקטנת סכום הפיצוי אף שיסוד הפרסום בעוולת לשון הרע אינו כולל כוונה.

### (ב) שיקולים תומכים באחריות המשתף

ראשית, אפשר לטעון כי היעדר אחריות לשיתוף תכנים יפגע בחופש הביטוי של הנפגע משיתוף ודווקא יגביר צינון ביטוי, מאחר שהשיתוף מביא להתפשטות ההכפשה ברשת החברתית. התפשטות זו יכולה לגרום לנפגע להתנתק מזירות שיח אלו ולהימנע מהשתתפות

95 לפירוט ההתפשטות שמועות שקריות המתמקדים באחריות המתווכים, ראו לביא "התפשטות שמועות", לעיל ה"ש 16, בעמ' 134.

96 הרשימה תרחיב כאשר לפרשנות שהוצגה בפסק הדין להגנות ולהקלות דיני לשון הרע למשתף, בחלק ה.2. להלן.

97 שיקול זה עלה בפסק דינו של השופט עורד מאור בבית משפט השלום (עניין נידילי שלום, לעיל ה"ש 19), ולא התקבל בערכאות הערער (עניין נידילי, לעיל ה"ש 17).

98 Daniel Kahneman, Thinking Fast and Slow 19–24 (2011). כהנמן תיאר בספרו שתי מערכות: "מערכת 1" היא אוטומטית, מהירה ואינטואיטיבית ועוקפת את היכולות הדיוניות; "מערכת 2" היא מערכת של דיון. "מערכת 1" עוקפת את היכולות הדיוניות של פרטים ומשליכה על פעילותם, יוצרת קיצורי דרך, מגבירה הטיות קוגניטיביות ועלולה להביא לטעויות.

בדיון המתקיים בהן.<sup>99</sup> התפשטות שקרים אף יכולה להשתיק מראש קבוצות אוכלוסייה מוחלשות, שנפגעות מביטוי פוגעני במדיה החברתית יותר מהמוצג בכלל האוכלוסייה, והן יבחרו להדיר עצמן מהשיח מחשש שביטוי שקרי על אודותיהן יתפשט במדיה החברתית.<sup>100</sup> אחריות לשיתוף תכנים תצמצם שיתוף לא אחריותי של תכנים ותפחית את הפגיעה בכבודו של הנפגע ובחופש הביטוי שלו. קשה להכריע אם האפקט המצנן שייגרם למשתף מאחריות רב מהאפקט המצנן שייגרם לנפגע במצב של היעדר אחריות, אולם במצבים שבהם מנגנון השיתוף מנוצל לרעה כדי להביא לתפוצה רחבה של מסר, אפשר לטעון כי הפצת המסר אינה מקדמת את שוק הרעיונות ואת זכות קהל השומעים לקבל מידע.<sup>101</sup>

מצבים שבהם מנגנון השיתוף מנוצל לרעה מתקיימים כאשר אדם מפרסם מסר בפרופיל שאינו מייצג את זהותו האמיתית ומהדהד אותו באמצעות שיתופים לקהל הרחב של חבריו, עוקביו וצדדים שלישיים בזהותו האמיתית.<sup>102</sup> ניצול לרעה של מנגנון השיתוף יכול להתקיים גם כאשר פרט נעזר בסוכני בינה מלאכותית (בוטים) שיפרסמו מסרים וישתפו אותם ברחבי האינטרנט. בשל יכולתם להפיץ מסרים במהירות לקהל רחב הם יביאו לערפול קולות מתחרים המבקשים להפריך את המסר וייצרו כשל בשוק הרעיונות.<sup>103</sup> הם אף יובילו משתמשים לסבור שמסר מסוים זכה לשיתופים רבים ושהציבור מייחס לו חשיבות, אף שריבוי השיתופים נוצר בידי צבא של בוטים.<sup>104</sup> מסרים אלו הם ביטוי מכונה (machine speech), ואף שביטוי אלגוריתמי זה מוגן בחופש הביטוי, בסיס ההגנה אינו האוטונומיה של הדובר, אלא זכות השומעים לקבל מידע.<sup>105</sup> כאשר המידע מופץ הפצה שעלולה ליצור כשל בשוק הרעיונות, אפשר לטעון כי דווקא אחריות תביא לקידום חופש הביטוי.

99 עניין נדיילי, לעיל ה"ש 17, פס' 5 (ר) לפסק דינה של השופטת וילנר; מיכל לביא "ביוש לנצח?" משפטים מט 457, 439 (2019); DANIELLE K. CITRON, HATE CRIMES IN CYBERSPACE 195–199 (2014).

100 Citron & Franks, לעיל ה"ש 47, בעמ' 20.

101 Sunstein, *Falsehoods*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 406 (the marketplace of ideas can fail, ensuring that "false statements will spread and become entrenched").

102 Joshua N. Azriel, *Social Networking as a Communications Weapon to Harm Victims: Facebook, Myspace, and Twitter Demonstrate a Need to Amend Section 230 of the Communications Decency Act*, 26 J. MARSHALL J. COMP. & INFO. L. 415 (2009) (מרחיב בדבר חש זה).

103 Alexander Tsesis, *Marketplace of Ideas, Privacy, and the Digital Audience*, 94 NOTRE DAME L. REV. 1585, 1622 (2019).

104 Madeline Lamo & Ryan Calo, *Regulating Bot Speech*, 66 UCLA L. REV. 988, 990 (2019) "[B]ots can create an appearance of false consensus, make a candidate or idea seem more popular than the reality, and even hijack attempts at genuine dialogue and community building".

105 Tony M. Massaro, Helen Norton & Margot E. Kaminski, *Siri-ously 2.0, What Artificial Intelligence Reveals about the First Amendment*, 101 MINN L. REV. 2481 (2017) (the basis for applying First Amendment protections to machine speech is the public's right to receive information); Helen Norton, *Powerful Speakers and Their Listeners*, 90 COLO. L. REV. 441, 443 (2019).

שנית, היעדר אחריות יכול להביא לדיפוּזיה של אחריות משפטית. במילים אחרות, היא תוביל למצב שבו הרבה פרטים הובילו לנזק ואף אחד מהם אינו נושא באחריות. לעיתים המשתפים מפיצים את הביטוי לקהל נרחב או מוסיפים לו תוספות ומגבירים את תוחלת הנזק במידה ניכרת, שאינה זניחה לעומת הנזק שגרם המפרסם. הגברה זו יכולה להצדיק הטלת אחריות גם באשר לשיתוף תכנים. החשש לדיפוּזיה של אחריות, לפגיעה ביעילות ולהותרת הנפגע ללא סעד מתעצם כאשר המפרסם פועל בפרופיל שאינו מייצג את זהותו האמיתית. במקרים אלו גם האפשרות לתבוע את המפרסם מצטמצמת, מאחר שלאחר פסיקת בית המשפט העליון בעניין מור<sup>106</sup> קיים קושי משפטי לחשוף את זהות המעוול האנונימי. כך, גם אם ככלל אחריות המשתפים יכולה לפגוע בתמריצי המפרסם לנקוט אמצעי זהירות ברמה אופטימלית,<sup>107</sup> במצבים אלו היעדר אחריות לשיתוף יותיר את הנפגע בנזקו, יעודד הפצה לא אחריותית ויפגע בהרתעה משיתוף לשון הרע וביעילות והגינות. בחלק הבא תסביר הרשימה כי למשטרים דיכטומיים הקובעים פטור או אחריות למשתף מגבלות, ותציע לבחון את ההקשר שבו מתבצע השיתוף. בחינה זו תאפשר הכרה בגוונים שונים של שיתוף ועיצוב מתווה אחריות המאזן טוב יותר בין השיקולים לאחריות לעומת קביעה גורפת של פטור או אחריות לשיתוף.

## 2. על הקשר ועל הוצאה מהקשר

במקום אחר התייחסתי לאחריות מתווכים להפצה משנית של תוכני משתמשים.<sup>108</sup> טענתי כי על אחריות המתווך (אתר אינטרנט או דף בית) שחוזר על תוכני משתמשים ומביא להפצה משנית להיבחן לפי ההקשר שההפצה יוצרת ביחס לפוסט המקורי, או במילים אחרות לפי דרגת ההוצאה מהקשר. המתווך, בשונה מהמשתמש, פועל לפי מודל עסקי, והשיקולים שבבסיס אחריותו שונים מהשיקולים שבבסיס אחריות הפרט המשתף ומניחים דגש גם על השפעות על יעילות בשווקים ועל חדשנות טכנולוגית.<sup>109</sup> המתווך הוא תמיד צומת מרכזי ברשת האינטרנט, וכוחו להשפיע על זרימות מידע רב מכוחו של המשתמש הממוצע. מתווך שמשתף מידע שחיברו אחרים שולט במידע שהוא משתף וביכולת פרטים לראותו. הוא יכול להגביר או לערפל את נראותם של ביטויים בניוזפיד ("הזן החדשות") של משתמשים. המתווך אף יכול לזהות שיתופים של הפרסום ולהסירם מהפלטפורמה שבבעלותו באמצעים אלגוריתמיים.<sup>110</sup>

בשונה מזה, כוחו של המשתף שהגביר את הגישה לתוכן מוגבל, המשתף היחיד בדרך כלל מרכזי פחות מהמתווך ברשת. נוסף על זה, השפעתו על התפוצה מוגבלת לעותק

106 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010). לביקורת, ראו אמל ג'בארין "הזכות לאנונימיות, זכות הגישה לערכאות, סמכות טבועה ומה שביניהם" מחקרי משפט כט 309 (2013).

107 לטיעון בדבר דילול אחריות בהטלת אחריות על המשתפים, ראו Perry, לעיל ה"ש 67.

108 לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4.

109 ש.ם.

110 מיכל לביא "מהודעה והסרה לחובת סינון תכנים? בעקבות פס"ד של בית הדין האירופי לצדק בעניין פיסוק" JOKOPOST (6.11.2019) <https://tinyurl.com/y4t6gl3p>.

השיתוף שהוא יצר ואין לו שליטה על הפצה נוספת של הפרסום בשיתופים נוספים. אולם בחינה מבוססת-הקשר יכולה להשליך על הדיון גם באשר לנזקי השיתוף של פרט המשתף תכנים ולאחריות בגין שיתוף, ואפשר לאמץ הבחנות מבוססות-הקשר גם בסוגיה של שיתוף תכנים בידי משתמש לאחר התאמה ופיתוח.

### 3. על שיתוף תכנים, על הקשר ועל השפעות על זרימות מידע

במגוון רחב של מחקרים מתחום מדעי החברה הוכרו גורמים המשפיעים על זרימות מידע והתפשטותן: ראשית, **הקשר של מקור המסר** – כאשר מסר מופץ באמצעות פרט מרכזי ברשת החברתית ("משפיע" או "מוביל דעה"), גדל הסיכוי שהוא יתפס אמיין בעיני החברה ויאומץ בהרחבה.<sup>111</sup> כמו כן כאשר נמען מקבל מסר מבן משפחה, או מחבר קרוב, גובר הסיכוי כי יאמין למסר ויפיצנו הלאה בשל האמינות המיוחסת למקור המסר;<sup>112</sup> שנית, **הקשר המסר** – דרך הצגת המסר משפיעה על תפיסתו בעיני החברה ועשויה אף להשליך על ההסתברות שיופץ הלאה;<sup>113</sup> שלישית, קהל היעד של המסר, חוזק הקשרים בין המשתמשים ומבנים חברתיים הנוצרים ברשת מהווים את **הקשר הסיטואציה** ומשפיעים על זרימות מידע ומסרים אף יותר מהאופי האינדיווידואלי של הפרטים המרכיבים אותה.<sup>114</sup> שיתוף תכנים מאפשר הקפצת מידע אל מחוץ להקשר המקורי שבו הופץ (Bouncing) ולעיתים אף את הדגשתו (Highlighting). השיתוף משפיע על אופיין של זרימות המידע

111 פרות בתחום הסוציולוגיה עמדה על חשיבות מקור המסר אשר פונים אליו: לעצה / המשפיע / משיא עצות לאחרים / משמש מודל לחיקוי ועל השפעותיו על קבלת המסר. חוזק הקשר שדרכו עובר המסר ומיקומו של מפיץ המסר ברשת הקשרים החברתית משפיעים על זרימות מידע. כאשר מסר עובר בידי מי שמקושר בקשרים חברתיים חזקים, או דרך משפיע או מוביל דעה (influential, opinion leader), גדל הסיכוי שיופץ ויאומץ בהרחבה. השאלה ממי ברשת החברתית נתקבל המסר משליכה אפוא על תפיסתו בעיני אחרים. ראו, CHARLES KADUSHIN, UNDERSTANDING SOCIAL NETWORKS: THEORIES, CONCEPTS AND FINDINGS 145–146 (2011); אלברט לסלו-ברבאשי **קישורים, המדע החדש של רשתות** 189 (2004); מלקולם גלדוול **נקודת המפנה – חשיבותם הגדולה של הדברים הקטנים** 67–81 (2001).

112 לדוגמה, פייסבוק משתמשת באלגוריתמים של בינה מלאכותית ולמידת מכונה כדי להציג למשתמשים את החדשות שהן הרלוונטיות ביותר עבורם ו"תופרת" להם את הניוזפיד (News Feed) לפי הקשרים והפעילות שהם יוצרים ברשת החברתית. התוצאה היא שתכנים שיצרו פרטים דומים למשתמש (חברים קרובים ובני משפחה) זוכים לעדיפות ולנראות רבה יותר. העדפת תכנים אלה מגבירה את תשומת ליבם של המשתמשים לתכנים אלה ואף את הסיכוי שיעניקו להם משקל ויפיצו אותם הלאה בשל נטיית הפרט לאשר השקפות דומות לשלו (SUNSTEIN, #REPUBLIC, לעיל ה"ש 85, בעמ' 14; YOCHAI BENKLER, ROBERT FARIS & HAL ROBERTS, NETWORK PROPAGANDA: MANIPULATION, DISINFORMATION, AND RADICALIZATION IN AMERICAN POLITICS 80–85 (2018)).

113 ראו Jonah Berger & Katherine L. Milkman, *What Makes Online Content Viral*, 49 J. MARK. RES. 192, 192 (2012); Joseph E. Phelps et al., *Viral Marketing or Electronic Word-of-Mouth Advertising: Examining Consumer Responses and Motivations to Pass along Email*, 44 J. ADVERT. RES. 333–348 (2004); ג'ונה ברגר ויראלי – **כך תגרמו למוצרים ולרעיונות שלכם להצליח** 28–32 (2013).

114 KADUSHIN, לעיל ה"ש 111.

ברשת החברתית.<sup>115</sup> בכוחו להקנות לביטויים משנה תוקף ובכך להשפיע על ההקשר של מקור המסר;<sup>116</sup> השיתוף יכול ליצור שינויים בדרך הצגתם של הביטויים המופצים בפלטפורמה, להביא ל"אפקט מסגור" (Framing)<sup>117</sup> ולשנות את הקשר המסר. לדוגמה, כאשר המשתף הוסיף לשיתוף תוספות, יצר שינוי עריכתי בדרך ההצגה באמצעות צילום המסך או שיתוף שיתוף חוזר ונשנה כדי שלא ירד מסדר היום. שיתוף תכנים אף מוציא אותם מסביבת המידע שבה הובעו לראשונה אל מערכת חברתית שעשויה להתאפיין בחוזק קשרים שונה ובדינמיקות שונות ולהשליך על הקשר הסיטואציה. כך, ביטוי שלא היה זוכה להתייחסות, יכול לזכות עקב השיתוף לתפוצה רחבה (כמותית), לעיתים אף ייחסו לו אמינות ומשקל רבים יותר (איכותית), והוא ייחרט בתודעת המשתמשים.<sup>118</sup> ההשלכות אינן מסתכמות במוחו של המשתמש היחיד, אלא יכולות להגביר את הסיכוי להפצה נוספת ולהתפשטות נרחבת של הביטויים ברחבי הרשת.<sup>119</sup>

צורות שיתוף אינן מקשה אחת, והשפעתן על פרשנות המסר ותוחלת נזקיו שונה מצורת שיתוף אחת לאחרת. אף שכל שיתוף פוסט משמין מגביר את תפוצתו, אין דומה הפצה מלאה של תכנים מבלי לברור ביניהם או לערוך אותם לבין הפצה סלקטיבית שבה המשתף יוצר שינויים עריכתיים בתוכן ומדגיש חלקים בו. מקל וחומר שונה היא הפצה מלאה מאימוץ האמור בפוסט משמין בידי המשתף אותו. לדוגמה, משתף שמוסיף כי מושאי הפוסט הם נוכלים, רמאים וגנבים ושיש להיזהר מהם, למעשה יוצר תוכן חדש.<sup>120</sup> בסוגיה משיקה שהתמקדה בהפצת תכנים בידי המתווך הצעתי להחיל משטרי אחריות דיפרנציאליים למתווך המשתף תוכני משתמשים לפי דרגת השפעת ההפצה על הקשר מקור המסר, על המסר ועל הקשר הסיטואציה. הבחנתי בין צורות הפצה לפי דרגת ההוצאה מההקשר המקורי של התכנים ששותפו והגברת תוחלת הנזק.<sup>121</sup> הגעתי למסקנה כי אין

115 EVGENY MOROZOV, TO SAVE EVERYTHING, CLICK HERE: THE FOLLY TECHNOLOGICAL SOLUTIONS 73-74 (2014) (הכותב ציין כי התשתית הטכנולוגית המאפשרת שיתוף במידע משפיעה עליו, מובילה לקפיצת מידע ממקום למקום ולהדגשתו).

116 כאשר המסר מופץ בידי משתמש שהוא צומת מרכזי ובעל השפעה ברשת, תהיה השפעה על תשומת הלב שתיתן לו ואף על משקלו. כך, גדל הסיכוי שהביטויים המופצים יתפסו אמינים בעיני החברה, תיחוס להם חשיבות והם יופצו ויאומצו הלאה בהרחבה.

117 KAHNEMEN, לעיל ה"ש 98, בעמ' 376-363; Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211 SCIENCE 453 (1981); RICHARD H. THALER, MISBEHAVING: THE MAKING OF BEHAVIORAL ECONOMICS ch. 20, 185 (2015).

118 Pennycook, Cannon & Rand, לעיל ה"ש 8.  
119 ככל שמספר הפעמים שבו פרטים נחשפים לפרט תוכן מסוים גדול יותר, כך גובר הסיכוי שיאמינו לו ויפיצו אותו הלאה. ראו - NICHOLAS DIFONZO & PRASHANT BORDIA, RUMOR PSYCHOLOGY – SOCIAL AND ORGANIZATIONAL APPROACHES ch. 9, 225 (2007) גם כאשר חזרה על הדברים מתבצעת במסגרת ניסיון להפריכם, ראו Pennycook, Cannon & Rand לעיל ה"ש 8. להסבר על תהליכי הפצה והתפשטות רעיונות, ראו Mark Granovetter, *Threshold Models of Collective Behavior*, 83 AM. J. SOC. 1420 (1978) ה"ש 16.

120 לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4.

121 שם.



דומה מתווך שמושך את מכלול עדכוני התכנים באמצעות פרוטוקול RSS מאתר אחר לאתר שבבעלותו ולמעשה מפיץ את התכנים הפצה מלאה,<sup>122</sup> לבין מתווך שעורך את התכנים לפני הפצתם, בוחר תכנים מסוימים, ממסגר אותם ומקנה להם משנה תוקף, או מוסיף תוספות לתכנים ומאמץ אותם. הצעתי לפטור מתווך שמפיץ הפצה מלאה של תכנים אף שההפצה מביאה להגברת תפוצתם של תכנים המהווים לשון הרע, מאחר שלפי דרגת ההוצאה מהקשר תוחלת הנזק של ההפצה נמוכה, ואילו העלות החברתית בהטלת אחריות גבוהה.<sup>123</sup> במקרים אלו הטלת אחריות תצנן זרימות מידע, תפגע לא מידתית בהחצנות החיוביות שהיא מגלמת ותוביל לעלויות גבוהות.<sup>124</sup> מנגד, באשר להפצה סלקטיבית ואימוץ תוכני לשון הרע, לא ראוי להעניק פטור גורף למתווך מאחריות, ואפשר להטיל אחריות ללשון הרע על המתווך המפיץ המשני, בכפוף להגנות שיחוללו לפי עובדות המקרה. בדומה לזה, גם שיתוף פוסט בידי פרט מבלי לערוך אותו, או להוסיף לו כותרות, מתאפיין בדרגה נמוכה של הוצאה מהקשר. אף שהפרט בוחר לשתף פוסט מסוים, בשונה מחזרה על מכלול תכנים, כאשר המשתף הוא משתמש אינדיבידואל הוא אינו משנה בהרבה את הקשר מקור המסר. שיתוף המסר יכול להעניק משנה תוקף למסר, אולם בשונה מהמתווך, שהוא תמיד צומת מרכזי ובחירתו להפיץ את המסר לקהל נוסף משנה את ההקשר ואת התוקף שמיוחס לו במידה ניכרת, כאשר המשתמש הממוצע משתף פוסט, דרגת ההשפעה והשינוי של הקשר מקור המסר בדרך כלל אינם גדולים. יהיו מקרים, שאפרט בחלק הבא, שבהם השיתוף יעניק לביטוי משנה תוקף חזק יותר,<sup>125</sup> אולם מקרים אלו הם יוצאים מן הכלל. נוסף על זה, השיתוף מקושר לפוסט המקורי. ציטוט המקור אינהרטי לפעולת השיתוף שלמעשה נוקב את המקור שעליו הסתמך, ויש בכך כדי להקטין את דרגת ההשפעה על הקשר מקור המסר. כאשר פרט משתף פוסט הקשר המסר נשמר כל עוד המשתף אינו עורך אותו, או מוסיף לו תוספות. המסר נותר אותו המסר. הקשר הסיטואציה יכול להשתנות מאחר שהפוסט מוצג לפני קהל יעד חדש שיכול להתייחס לתכנים אחרת. אולם קשה לצפות אם וכיצד המערכת החברתית החדשה שבה מוצג הפוסט תשליך על זרימת תוכני לשון הרע לעומת המערכת שבה הוצג הפוסט המקורי. אף שהרבה שיתופים יכולים להביא להגברה ניכרת של שיעור תוכני לשון הרע בפלטפורמה ושל תוחלת הנזק, שיתוף יחיד של פוסט כשלעצמו מתאפיין בדרגה נמוכה של הוצאה מהקשר.

הפרט המשתף שונה ממתווך שנקט הפצה מלאה של תכנים וחזר על מכלול תכנים,<sup>126</sup> מאחר שבשונה מהפצת מכלול תכנים בידי המתווך, שנידונה במחקר קודם, שבעניינה הייתה המסקנה כי מתקיים פטור מאחריות,<sup>127</sup> הפרט המשתף בוחר לשתף פוסט מסוים.

122 להרחבה באשר להפצה מלאה בשימוש בפרוטוקול RSS, ראו שם.

123 לדוגמה, מתווך שמושך RSS מאתר אחר שאפשר שיכלול פרט תוכן משמין, או מקשר לדרך בית אחר.

124 לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, בעמ' 557.

125 בחלק ד' להלן, אתייחס לחריגים להשפעה על הקשר מקור המסר אשר בעניינים דרגת ההוצאה מהקשר תהיה גבוהה יותר, וכך גם התוקף שיוענק לביטוי יהיה חזק יותר. כך כאשר עיתונאי, נבחר ציבור או נושא משרה ודף ציבורי ברשת החברתית משתפים מסר, קהל היעד יכול לייחס לו משקל רב יותר בשל העובדה שהם ששיתפו את המסר ולהאמין למסר אף אם המסר שקרי.

126 לעניין זה, ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, בעמ' 500.

127 שם, בעמ' 566–599.



האם ראוי להטיל עליו אחריות בדומה למסקנה באשר למתווך שבוחר אילו תכנים לשתף? מחשבה מעמיקה מובילה להבנה כי לא כל השיתופים הם מקשה אחת, ודרגת ההוצאה מההקשר משתנה. פעמים רבות השיתוף מוביל לדרגה נמוכה של הוצאה מהקשר, השפעתו על תפיסת המידע בעיני החברה קטנה ותוחלת נזקיו אינה גדולה. אולם יש מצבים יוצאים מן הכלל שבהם נזקי ההפצה מוגברים. נוסף על זה, פטור גורף אף יאפשר למפרסם לעקוף את דיני האחריות ויוביל לנזק לא מידתי לכבודו של הפרט ולפגיעה ניכרת באינטרס הציבורי, ולכן פטור גורף אינו פתרון אופטימלי למצב שבו פרט בחר לשתף פוסט מסוים. מנגד, גם דיון משפטי שיכול להוביל להטלת אחריות ללשון הרע בשל בחירה לשתף פוסט מסוים אינו מאזן כראוי בין השיקולים הנורמטיביים שבבסיס אחריות המשתף.<sup>128</sup> צורות שיתוף שונות מוציאות תכנים מהקשרם בדרגה שונה ומשליכות על תוחלת הנזק השלכה דיפרנציאלית. נדרש מודל שיכיר במגבלותיהם של משטרים דיכוטומיים הקובעים פטור, או אחריות למשתף, יביא בחשבון את דרגת ההוצאה מהקשר ואת תוחלת הנזק שאליה היא מובילה כחלק מהמסגרת לניתוח האחריות, ויסייע בעיצוב חריגים למודל שיוצג. המודל יביא להכרה בגוונים של שיתוף ויוכל לאזן טוב יותר בין השיקולים הנורמטיביים שנסקרו בבסיס אחריות המשתף.

#### ד. מודל האחריות השיורית – נקודת איזון בין שיקולים לאחריות

חלק זה מציע מודל חדש לאחריות המשתף. מודל זה שונה מהמתווה שהוצע בפסק הדין ומהמצב הנוהג בסוגיית אחריות הפרט המשתף בארצות הברית ובקנדה. המודל יוביל לוודאות רבה יותר באשר להיקף חשיפת המשתף לתביעות ולגבולות אחריותו ויפחית מן העמימות השורה במצב הקיים בדין בארץ ובמדינות שאינן מעניקות חסינות לשיתוף תכנים. לפי המודל המוצע תתאפשר תביעת המשתף רק לאחר שהניסיונות לאתר את המפרסם ולתבוע אותו כשלו.

מודל זה מתווה אחריות שיורית מאחר שהוא אינו מאפשר תביעת משתף שהוא משני בהפצת מידע, ומאיין תביעה נגדו במצבים שבהם אפשר לזהות את הפרט המפרסם הישיר שחולל את הנזק ולתבוע אותו. רשתות חברתיות רבות דורשות מהמשתמש לפעול בזהותו האמיתית,<sup>129</sup> ופרטים רבים אף מעדיפים לפעול בזהות שבה הם פועלים בחיי היומ-יום כדי לקדם קשרים חברתיים ולהגדיל את הרשת החברתית שלהם. זיהוי, איתור ותביעה ישירה של המפרסם אפשריים אפוא במקרים רבים. כאשר המפרסם פועל בזהותו האמיתית ואפשר לאתרו מוצע שלא לאפשר את תביעת המשתף, לבד מבמקרים חריגים שאפרט בהמשך, שבהם בשל מאפייני המשתף וההקשר שיוצרת ההפצה, האיזון בין השיקולים הנורמטיביים לאחריות שונה. לבד מחריגים אלו, כאשר אפשר לאתר את המפרסם, היקף החשיפה של

128 ראו בחלק ג.1. לעיל (שם עמדתי בהרחבה על השיקולים הנורמטיביים לאחריות המשתף).  
129 לדוגמה, ס' 3.1 לתנאי השימוש בפייסבוק (שלפיהם על משתמשי פייסבוק למסור פרטים אמיתיים בעת ההרשמה) <https://bit.ly/2H5o5o1>.

הפרסום יהיה שיקול בקביעת היקף האחריות והפיצוי שבו יחויב המפרסם.<sup>130</sup> למעשה המפרסם יוכל להיות אחראי גם לנזקי השיתופים, מאחר שמספר השיתופים הוא מדד להיקף החשיפה.<sup>131</sup> הוא אף יכול להיות מחויב בפיצוי מצטבר בסכום העולה על תקרת הפיצוי הסטטוטורי ללא הוכחת נזק בחוק איסור לשון הרע,<sup>132</sup> מאחר שכל שיתוף יכול להיחשב לפרסום חדש.<sup>133</sup> אולם לפי המודל המוצע יביא בית המשפט בחשבון כי חלק ניכר מהמשתתפים נחשף לפוסט שלא דרך פרופיל המפרסם אלא דרך פרופיל של משתף שרחוק ממנו בכמה דרגות קשר בשרשרת ההפצה, אף שככלל כל השיתופים באמצעות הכפתור "שתף" משתקפים בפרופיל המפרסם ללא הבחנה ביניהם. לפי המודל המוצע, בפסיקת הפיצוי יישקלו אפוא גם שיקולים של ריחוק נזק מהפרסום המקורי.<sup>134</sup> כך הפיצוי המרבי ללא הוכחת נזק יהיה קטן ממכפלת הפיצוי הסטטוטורי במספר המשתתפים. אם תובע הוכיח נזק ממוני בפועל, לבית המשפט יהיה שיקול דעת שלא לחייב את המפרסם במלוא נזקי השיתופים ולפסוק פיצוי על דרך האומדנה.<sup>135</sup>

מנגד, כאשר המפרסם אינו פועל בזהות האמיתית ואי אפשר להוכיח מי הוא בשל מגבלות הדין,<sup>136</sup> יהיה אפשר לתבוע את המשתף. כאשר זהות המפרסם המקורי איננה ידועה ותביעת המשתף מתאפשרת, המודל המוצע לא נדרש לבחינת השאלה אם התביעה בררנית או חסרת תום לב, ובשונה מהמתווה שהוצג בפסק הדין,<sup>137</sup> תביעה "בררנית" לא תסולק על הסף. כך כאשר מספר משתתפים שיתפו את הפוסט התובע אינו נדרש לתבוע את כולם כדי שהתביעה תתקבל.

מאחר שהשיתוף מקושר לפוסט המקורי ולא לשרשרת השיתופים שקדמו לו, כל שיתוף מוביל להגדלה נוספת של חשיפת הפוסט לקהלים נוספים והנזק גובר עם כל שיתוף. אף אם יש חפיפה חלקית בקהל שנחשף לפוסט בין כמה משתתפים, עצם החזרה על הדברים לפני אותו קהל בידי משתף נוסף יוצר תיקוף של המסר ומגביר את הסיכוי שהנחשפים לו יאמינו

130 ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובעוז שנוור דיני לשון הרע – הדין הרצוי והמצוי 396–400 (מהדורה ראשונה, 2005) (להלן: גנאים ואח' מהדורה ראשונה), המסבירים כי בקביעת סכום הפיצוי לפרסום לשון הרע יש להתחשב בהיקף הפרסום. כאשר משתתפים את הפוסט המקורי ללא תוספות באמצעות הכפתור "שתף" השיתופים משתקפים במספר הכולל של שיתופי של הפוסט המקורי, ללא קשר לשאלה אם נחשפו לפוסט המקורי דרך המפרסם או דרך משתף ששייך לרשת החברתית שלהם, ובנתון זה מתחשבים בתי המשפט בקביעת הפיצוי.

131 ראו Perry, לעיל ה"ש 67, בעמ' 34. פרי מסביר כי חלוקת אחריות המפרסם עם משתתפים יכולה להוביל לדילול אחריות ( "if each publisher ends up sharing liability for each portion of the harm caused by his or her publication with every republisher whose conduct was a necessary cause of the same harm, the originator will internalize only a fraction of the harm caused").

132 ס' 7(א)(ב) לחוק איסור לשון הרע.

133 עניין דיין אורבך, לעיל ה"ש 7, פס' 87 לפסק הדין.

134 או ס' 176(1) לפקודת הנויקין [נוסח חדש], התשכ"ח–1968: "סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושכא במישרין מעולות הנתבע".

135 ראו לעניין זה ע"א (מחוזי ת"א) 44711-11-14 סביר נ' ברניו, פס' 19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.6.2015).

136 ראו פרשת מור, לעיל ה"ש 106.

137 עניין נדיילי, לעיל ה"ש 17, פס' 54.

למסר ופיצו אותו הלאה.<sup>138</sup> כל אחד מהמשתפים אפוא משתף את המסר בנפרד ומוביל להגדלת נזק בפני עצמו, ולפיכך כל משתף אחראי להגדלת הנזק בשיתוף מטעמו ואינו אחראי לחשיפה שנוצרה בשיתופים אחרים.<sup>139</sup> במילים אחרות, המשתף אינו אחראי יחד ולחוד עם משתפים אחרים.

נפגע שבוחר לתבוע רק משתף אחד מבין המשתפים, והמשתף אינו זוכה ליהנות מהגנות, יוכל לקבל פיצוי לפי היקף הקהל שאליו חשף המשתף את הפרסום ולפי היקף התגובות לפרסום, והוא לא יקבל פיצוי על הגדלת הנזק שיצרו משתפים אחרים. כך קשה לראות חוסר תום לב או שימוש לרעה בכוח התביעה בתביעת מקצתם של המשתפים. השאלה אילו משתפים לתבוע צריכה להישאר לשיקול דעתו של הנפגע, והוא אינו חייב להסביר את בחירתו לתבוע משתף מסוים או לנהוג בשוויוניות כלפי המשתפים כאדם פרטי הפועל בגררי המשפט הפרטי.<sup>140</sup> נוסף על זה, חסם דיוני בפני תביעה בררנית עלול לעודד הצפת בתי המשפט בתביעות משתפים, כדי להימנע מהגדרת התביעה בררנית ומהחלת החסם הדיוני. הצפת בתי המשפט כאמור תוביל לפגיעה ביעילות. לנוכח זאת המודל המוצע אינו מאמץ את המנגנון שהוצג בפסק הדין ואינו יוצר חסם דיוני בפני תביעה "בררנית".

הרעיון למודל שיורי אינו מהפכני. הסדר שיורי דומה כבר נוהג בהקשר משיק באנגליה בשאלת היחס בין תביעת המתווך בעל אתר האינטרנט לבין תביעת המפרסם. בסוגיה זו עסק סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע שנחקק ב-2013 באנגליה. לפי סעיף זה, תביעת המתווך תתאפשר רק בהיעדר אפשרות לתבוע את המעוול הישיר.<sup>141</sup> הספרות ניתחה מודל זה והגיעה למסקנה כי הוא מגביר את היעילות לעומת מודלים אחרים של אחריות: אחריות בלעדית למפרסם, אחריות בלעדית למתווך או אחריות בוזמנית של המתווך ושל המפרסם.<sup>142</sup> יצוין כי מתווך אומנם שונה מפרט המשתף תכנים, מאחר שעל פי רוב המתווך הוא פלטפורמה לתכנים שפרסמו אחרים ואילו המשתף בוחר אילו תכנים לשתף ומבצע פעולה מודעת של שיתוף פוסט ספציפי, אולם גם המתווך וגם הפרט המשתף לא יצרו את הביטוי ולא הכניסו אותו לספרה הציבורית. משטר האחריות השיוורית יכול אפוא להתאים גם באשר להקצאת האחריות בין המפרסם לבין הפרט המשתף, ומסקנה זו נתמכת גם בספרות.<sup>143</sup>

138 Pennycook, Cannon & Rand, לעיל ה"ש 8.

139 Perry, לעיל ה"ש 67, בעמ' 41 (הציע מודל של אחריות בלעדית למפרסם אך הכיר בחריג של מפרסם שאינו מוזהה, ובמקרה זה מציע לאפשר את תביעת המשתף כל אחד לפי תרומתו לנזק המצטבר).

140 אציין כי רשות מנהלית מחויבת בשוויון כלפי פרטים. אולם באשר לפרט במשפט הפרטי תחולת הזכויות החוקתיות אינה ישירה. אומנם היא יכולה לחלחל למשפט הפרטי ולחול תחולה עקיפה דרך דוקטרינות של המשפט הפרטי כמו עקרון תום הלב, אולם לא ראיתי חוסר תום לב בבחירה לקבל פיצוי חלקי. לעניין שאלות של תחולת השוויון במשפט הפרטי, ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א' 253, 262 (1993).

141 Defamation Act 2013, c.26 §5(3)(a) (Eng.)

139 ראו Ronen Perry & Tal Z. Zarsky, *Liability for Online Anonymous Speech: Comparative and Economic Analyses*, 5 JETL 205 (2014).

143 ראו Perry, לעיל ה"ש 67, בעמ' 39 (שם הוצע משטר של אחריות אקסקלוסיבית למפרסם, אולם לצד זאת הציע חריגים המתייחסים בין השאר להיעדר אפשרות לתבוע את יוזם הפוסט המקורי).

רשימה זו מציעה לאמץ את מודל האחריות השיורית כברירת מחדל. אולם על החלת מודל זה להיות כפופה לכמה חריגים שיוצגו להלן. במקרים אלו ההשפעות על הקשר המסר, הקשר מקור המסר והסיטואציה של ההפצה מביאות להוצאה מהקשר בדרגה גבוהה ומגדילות הגדלה ניכרת את נזקי השיתוף. לפיכך במקרים החריגים שיוצגו, עומדות הצדקות כבדות משקל לראות במשתף האחראי הבלעדי לשיתוף שהוא יצר, מאחר שמאפייניהם של צורות שיתוף ושל משתפים אלו מובילים לכך ששיתוף התכנים מגדיל את נזקי הפרסום המקורי הגדלה ניכרת, ולא יעיל או צודק לראות במפרסם אחראי להגברה זו.<sup>144</sup> בחינת אחריות המפרסם במקרים אלו תהיה נפרדת מתביעת אחריות המשתף שיוכל להיות אחראי בעצמו לנזקי השיתוף החריגים, ללא תלות בתביעת המפרסם ובאחריותו.

## 1. חריגים למודל האחריות השיורית

### (א) הוספת תוספות לפוסט

מודל האחריות השיורית לא יחול על משתף שערך את הפוסט, הדגיש חלקים ממנו, הוסיף לו תוספות או הוסיף פתיח שכולל תוכן שחיבר. אין דומה לחיצה על הכפתור "שתף" כשלעצמה מבלי לערוך את הפוסט או להוסיף לו תוספות לשיתוף שיוצר שינויים עריכתיים בתוכן או מאמץ את האמור בו. משתף שעורך את הפוסט או מוסיף לו תוספות למעשה יוצר פרסום מעובד חדש. הוא מערבב את תכניו עם תוכני המפרסם, יוצר נרטיב ופרשנות משלו, מוציא את המסר מהקשרו במידה ניכרת ומשפיע לא רק על הקשר מקור המסר אלא גם על המסר והקשר הסיטואציה. משתף מסוג זה למעשה משתף ביצירת המסר ומגביר במידה ניכרת את תוחלת הנזק לעומת שיתוף הפוסט המקורי.<sup>145</sup> לפיכך כל תוספת לפוסט שפרט בחר לשתף מוציאה את הפרט ממודל האחריות השיורית ומטילה עליו אחריות ישירה, למעט שלושה סוגי תוספות שאפרט להלן שיהיו חריג לכלל והמשתף המוסיף אותן יישאר עדיין במסגרת האחריות השיורית: ראשית, דיווח ניטרלי על האמור בפוסט, כמו לדוגמה המילה "ראו" או התוספת "ראו התקרית בין ראובן לשמעון"; שנית, תוספת המעודדת קריאה כמו "חשוב לקרוא" מבלי לנקוט עמדה; שלישית, הסתייגות מלאה ומוחלטת ושלילה מלאה של היסוד העולתי של הפוסט. אלה יותירו את המשתמש במודל האחריות השיורית בשל הדרגה הנמוכה של ההוצאה מהקשר. כאשר שלילת היסוד העולתי של הפוסט אינה מוחלטת וההסתייגות מהפוסט חלקית, המשתף יוצא מהאחריות השיורית, אולם אפשר שיזכה ליהנות מתחולת הגנות דיני לשון הרע.<sup>146</sup>

144 יצוין כי פרופ' פרי (שם), התייחס אף הוא לחריגים לאחריות המפרסם אשר חופפים חלקית את החריגים שיוצגו במאמר ובחן את האחריות בנפרד מאחריות המפרסם שלא יעיל שיהיה אחראי להגברה כה גבוהה של הנזק.

145 ראו בהקשר משיק לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, עמ' 506; בדומה לזה, הציע לאחרונה Perry משטר של אחריות בלעדית למשתף אך יצר חריגים שיוצרים דמיון למשטר האחריות השיורית. בעשותו כן התייחס אף לחריג של אימוץ והוספת תוספות כשיתוף המגדיל את תוחלת הנזק יותר מששיתוף הפוסט המקורי כשלעצמו עושה זאת (שם, בעמ' 45).

146 לעניין תחולת הגנות לשון הרע לגינוי פוסט, ראו ה"ש 197 להלן והטקסט הצמוד אליה.

הטלת אחריות להוספת תוספות היא למעשה אחריות להוצאה מהקשר. עיקרון זה של אחריות להוצאה מהקשר התקבל בבית המשפט העליון מחוץ למרחב המקוון, ויש להחילו גם על הוצאה מהקשר במרחב המקוון.<sup>147</sup> במקרים אלו תחולת דיני לשון הרע תיבחן באשר לפוסט המעובד והאחריות לו בפני עצמה, המשתף שהוסיף תוספות אינו אחראי יחד ולחוד עם המפרסם, ואחריותו אף אינה שיוויונית.<sup>148</sup> למעשה חריג זה אינו חריג למשטר האחריות השיוויונית, מאחר שמשתף שמערכת תכניו עם אלו שיצר המפרסם חורג משיתוף ויוצר יצירה עצמאית שמוציאה את הפוסט הרחק מהקשרו ומובילה לתחלת נזק ניכרת.

אפשר לטעון כי חריג זה רחב יתר על המידה ומכניס לגדר האחריות משתפים רבים שלא העצימו את היסוד העוולתי של הפוסט ודרגת ההוצאה מהקשר אינה ניכרת. האם יעיל והוגן לחשוף לאחריות את כל מי שהוסיף תוספת, למעט שלושת החריגים שצוינו? אשיב לשאלה זו בחיוב. אף שתוספות שונות יכולות להוציא את הפוסט מהקשרו בדרגות שונות ומשליכות על תחלת הנזק בדרגות משתנות, הן יוצרות נרטיב ופרשנות ואף יכולות להגביר את תשומת הלב לפוסט ולמשקל שייחסו לו במידה ניכרת. לפיכך פטור מאחריות להוספת תוספות אינו מאזן כראוי בין השיקולים שבבסיס עוולת לשון הרע. בחינת דרגת ההוצאה מהקשר והשלכותיה על תחלת הנזק אינה יעילה בשלב מקדמי, מאחר שהיא נכנסת לניתוח המהותי של דיני לשון הרע והיא טוביל לעלויות גבוהות ולהיעדר ודאות למשתף באשר להיקף חשיפתו לאחריות. החרגת כל התוספות ממודל האחריות השיוויונית, לבד מתוספות הנכללות בשלושת החריגים שצוינו, תגביר יעילות וודאות.

אדגיש כי אין בהחרגת פרט משתף שהוסיף תוספות לשיתוף אמירה בדבר אחריותו ללשון הרע אלא בדבר חשיפתו לתביעה שיש לה עלויות מנהליות. במקרים המתאימים, כאשר התוספות הוציאו את הפוסט מהקשרו במידה זניחה, יוכל הפרט המשתף ליהנות מהגנות דיני לשון הרע בדין המהותי בלשון הרע.

בנקודה זו אפשר לשאול מה באשר לסמלון (אמוגי) שהוא סמל גרפי שנועד להביע רעיון, רגש או תחושה, לדוגמה סמילי? האם הוספת סמל גרפי שאינו טקסט מילולי יוציא את המשתף ממודל האחריות השיוויונית ויחשוף אותו לתביעה? אשיב לשאלה זו בחיוב. סעיף 2 לחוק איסור לשון הרע קובע כי פרסום לשון הרע יכול להיות גם ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר. סמלונים הם לא רק סמלים גרפיים. הם מבטאים תקשורת, ויש בהם ביטוי עצמי המאפשר לפרט לדייק במסר שהוא מבקש לבטא. הם יוצרים פרשנות ויכולים להעצים עוולתיות, או אפילו להעיד על כוונה פלילית ביצירת מסר.<sup>149</sup> לפיכך יכולה להיות

147 או עניין דיין אורבך, לעיל ה"ש 7, שבו פטר בית המשפט מאחריות את תלעד ואת אילנה דיין-אורבך למשדר מלא, אך הטיל אחריות על קדימון שערך חלקים ממנו והוציא אותו מהקשר.

148 Perry, לעיל ה"ש 67, בעמ' 45, הגיע למסקנה דומה: "The republication is subject to the no-liability rule. The original addition, interpreted in light of the republished content, must be regarded as a new publication, giving rise to new originator liability, and if it is republished—as a new source of a republication chain[...] The republisher's liability is not for the act of republication but for the act of publishing new unlawful content".  
הגעתי בהקשר של המתווך המשתף, ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4.

149 להרחבה על סמלונים והשלכותיהם המשפטיות בהקשרים שונים, ראו Eric Goldman, *Emojis and the Law*, 93 WASH. L. REV. 1227 (2018).

להם משמעות משפטית ואפשר להסיק מהם מסקנות משפטיות בהקשרים רבים. לדוגמה, בעניין דהן נ' שכרוף תוספת סמלונים להודעת טקסט הובילה למסקנה כי צד נהג בהיעדר תום לב בניהול משא ומתן לכריתת חוזה שכירות.<sup>150</sup> בדומה לזה, גם בדיני לשון הרע סמלונים יכולים ללמד על אימוץ האמור בפוסט ולחשוף את המשתף שהוסיף אותם לתביעה. משמעות הסמלון ושאלת תחולתן של הגנות חוק איסור לשון הרע באשר לתוספת תיבחן בכל מקרה לגופו.

החוגת כל תוספת החורגת מתיאור ניטרלי של הפוסט, מתוספת המעודדת קריאה מבלי לנקוט עמדה או מגיני מוחלט של המשתף מהאחריות השיורית מובילה לוודאות משפטית אקס אנטה באשר לחשיפה מאחריות ומאפשרת לפרט המשתף לכלכל צעדיו מראש. חריג רחב המוציא מהאחריות השיורית את רוב התוספות עדיף על היעדר הוודאות והעמימות באשר להיקף האחריות לשיתוף הקיים בשיטות משפט אחרות שאינן מקנות למשתף חסינות.<sup>151</sup> כך חריג זה מאפשר תשובה לשאלה מהו אימוץ פוסט שחושף את המשתף לאחריות בשלב מוקדם של הדיון, שאפשר שיסתיים לפני שלב ההגנות.

#### (ב) מאמץ מיוחד לשתף פוסט משמיץ

חריג נוסף למודל האחריות השיורית שיוצר דרגה גבוהה של הוצאה מהקשר ומגדיל אף הוא את תוחלת הנזק הרבה מעבר לשיתוף רגיל, נוגע למאמץ מיוחד להגביר את נזקי ההפצה. לדוגמה, פרט שצילם מסך ולא השתמש במנגנון השיתוף כדי ליצור עותק נוסף שאינו מקשר למקור, מערפל את מקור המסר. נוסף על זה, הצילום אף לא יוסר עם הסרת הפרסום המקורי בידי המפרסם.<sup>152</sup> צילום מסך כאמור ממסגר את המסר בצילום, משנה את ההקשר ויכול להגביר את הסיכוי למשוך תשומת לב. יתרה מזאת, בשונה משיתוף בלחיצת כפתור צילום מסך מאפשר הצגה נמשכת של הפוסט, מקשה את הסרתו ומקל את איתורו בשלב מאוחר יותר. כך קהל עלול להיחשף אליו בנקודת זמן מאוחרת הרבה יותר, והוא יתפרש בהקשר שונה מההקשר שבו פורסם בנקודת הזמן המקורית.<sup>153</sup> חשיפה נמשכת של הפוסט המשמיץ והאפשרות לאתרו זמן רב לאחר שפורסם מגבירה את הסיכוי כי מושא הפוסט יוצג באור שלילי לעיני הקהל שייחשף לפוסט המשמיץ זמן רב לאחר פרסומו, ותוחלת נזקיו מהשיתוף תהיה גדולה מתוחלת נזקי שיתוף בלחיצת כפתור שהמפרסם יכול להסירו אוטומטית עם הסרת הפרסום המקורי.

150 ראו ת"ק (שלום הרצ' 30823-08-16 דהן נ' שכרוף, פס' 18 (פורסם בנבו, 24.2.2017) ("זה המקום לשוב ולהתייחס לאותם סמלים גראפיים (צלמיות) ששלחה הנתבעת 2 לתובע. כאמור, אין בהם בנסיבות העניין, כדי ללמד על הבשלת המגעים בין הצדדים לכדי הסכם מחייב. עם זאת, הסמלים שנשלחו תומכים במסקנה כי הנתבעים נהגו בחוסר תום-לב. אכן, דרכי התבטאות של צדדים למשא ומתן זה עם זה יכולות ללבוש צורות שונות, וכיום, בעת המודרנית, גם לשימוש בצלמיות ה'אמוג'י' עשוי להיות משמעות המלמדת על תום-ליבו של הצד למשא ומתן").

151 על עמימות זו ראו בחלק ב.2 לעיל.

152 ת"א (שלום ת"א) 38766-11-17 קרוואן נ' סויסה, פס' 11 (פורסם בנבו, 14.7.2019). פסק הדין מתייחס לפרסום ששיתפו באמצעות צילום מסך. בערעור על פסק הדין זה, הוגדל סכום הפיצוי מ-5,000 ש"ח ל-30,000 ש"ח, ראו ע"א (מחוזי ת"א) 19-09-14276 כרוואן נ' סויסה (פורסם בנבו, 14.5.2020).

153 לעניין הוצאה מהקשר במרחב הזמן והזכות להישכח, ראו "ביוש לנצח?", לעיל ה"ש 99, בעמ' 475.

אפשר לטעון כי ייתכנו נסיבות שבהן פרט ישתף פוסט המכיל לשון הרע בצילום מסך ויגנה אותו כדי לאפשר למשתפים לשתף את הפוסט עם הגינאי יחד באמצעות כפתור "שתף" מאחר שבחלק מהרשתות החברתיות אין מתאפשר שיתוף של הפוסט המקורי עם הגינאי שלו יחד באמצעות כפתור "שתף", אלא מתאפשר רק שיתוף הפוסט המקורי המשמיע בלי המסגור והתוספת שהוסיף המשתף.<sup>154</sup> לכאורה אפשר לטעון כי בנסיבות אלו לא ראוי להחריג שיתוף באמצעות צילום מסך ממודל האחריות השיורית מאחר ששיתוף כאמור יכול להקטין את נזקי הפוסט המשמיע ואף לאפשר להביא את הגינאי לידיעה נרחבת. אולם מבט מקרוב מוביל למסקנה כי בשל שינוי הקשר המסר בצילום המסך, שאף מקשה את ההסרה, ובשל גוונים שונים של גינאי, שיכולים להביע הסתייגות חלקית, ובשל מודלים שונים של שיתוף פוסט עם תוספות ברשתות חברתיות, הותרת מקרים אלו בגדר האחריות השיורית מרחיקת לכת. ראוי כי האחריות לצילום מסך של פוסט משמיע וגינאי הדברים כדי לאפשר לשתף את הפוסט עם הגינאי יחד תיבחן בכל מקרה לגופו, בשלב בחינת תחולת ההגנות בדיני לשון הרע. ייתכן שלבסוף יזכה המשתף האמור לחסות בהגנות חוק איסור לשון הרע,<sup>155</sup> אולם לא ראוי לפטור אותו מאחריות ולחסום תביעה לכתחילה.

דוגמה שנייה לצורת שיתוף שתוציא את המשתף ממודל האחריות השיורית היא מאמץ מיוחד של פרט יחיד לשתף פוסט משמיע בשיתוף חוזר ונשנה של הפוסט כדי שלא יישכח מסדר היום בניוזפיד של חבריו. בדומה לזה, ראוי להוציא ממודל האחריות השיורית בוטים המופעלים בידי בעלי עניין, כשמטרתם המובהקת היא להדהד מסרים ולהגביר את תהודתם ואת אמינותם.<sup>156</sup> פרטים ואלגוריתמים שמדהדים מסר שקרי הדהוד חוזר ונשנה למעשה גורמים להוצאה מהקשר בדוגמה גבוהה יותר, הם משפיעים על הקשר המסר, מעניקים למסר תוקף נוסף בהגברה ניכרת של הסיכוי שיאמינו למסר. חזרה על מסר שוב ושוב באותו ניזופיד יכולה להגביר את אמינותו הגברה ניכרת והיא שונה מחזרה חד פעמית, מאחר שהיא במכוון מביאה להפצה חוזרת של מסר לאותו קהל ומגבירה את אמינותו,<sup>157</sup> או שמביאה להפצה לקהל נרחב בהרבה יותר מזה שמביאה הפצה יחידה של הפרט.<sup>158</sup> משתפים מסוג זה גורמים לשינוי גדול בהקשר הסיטואציה, ושינויים אלו בהקשר ובתוחלת הנזק מצדיקים הטלת אחריות למרות עלויות מנהליות שזו כרוכה בהן.

החרגת הדהוד מסרים חוזר ונשנה בידי פרט אנושי אחד או מפעיל בוטים ממודל האחריות השיורית לא תפגע פגיעה לא מידתית בשוק הרעיונות. חשיפת משתפים מסוג זה

154 רשתות חברתיות שונות נוקטות מודלים שונים בעניין זה. בטוויטר שיתוף פוסט עם תוספת שהוסיף משתף מסוים אפשרית, אולם אתרי מדיה חברתית אחרים דוגמת פייסבוק יכולים לאפשר לשתף רק את הפוסט המקורי באמצעות כפתור "שתף".

155 ראו הדיון בחלק ה' להלן. לרשימה זו באשר להגנה הקבועה בסעיף 15(10) לחוק, שעניינה פרסום שלא נעשה אלא כדי לגנות או להכחיש לשון הרע שפורסמה קודם לכן.

156 ראו לעניין זה Pennycook, Cannon & Rand, לעיל ה"ש 8.

157 שם.

158 יצוין כי פרופ' רונן פרי יצר במאמרו חריג דומה כאשר החריג ממודל אחריות אקסקלוסיבית למפרסם הפצה לקהל יעד לא צפוי. במקרה של בוטים המסר יכול להגיע לקהל יעד נרחב בהרבה מקהל היעד שייחשף למסר בשיתוף מסר בידי פרט, ובכך יש להצדיק סטייה ממודל האחריות השיורית. ראו לעניין זה Pery, לעיל ה"ש 67, בעמ' 43-45.



אף עשויה לתקן כשל בשוק הרעיונות.<sup>159</sup> לפיכך ראוי לסייג את מודל האחריות השיורית באשר לשיתוף חוזר ונשנה ומפעילי בוטים. כמו כן ראוי להטיל על מפעילי בוטים חובה להצהיר כי התוכן מופץ שלא בידי אנוש,<sup>160</sup> או ממומן (מאחר ששילמו לפרט או תאגיד להפעיל אלגוריתם שיהדהד את המסר).<sup>161</sup> ידיעה כי פרט או תאגיד משתף את המסר תמורת תשלום יכולה להשפיע על ההקשר וכך על האמינות שייחסו לו ועל הסיכוי שפרטים ימשיכו לשתפו.

### (ג) עיתונאים, נבחרי ציבור ונושאי משרה ציבורית

במקרים חריגים שבהם המשתף מזהה עצמו כעיתונאי מוכר, יש מקום לצמצם את מודל האחריות השיורית ולאפשר תביעה ישירה של אותו עיתונאי. הרציונל לכך הוא שתפקיד העיתונות הוא לבדוק עובדות ולאמתן. מחוץ למרחב המקוון, העיתונות כפופה לכללים משפטיים וחוקי-משפטיים המסדירים את פעילותה.<sup>162</sup> תפקידה לבחון את החומר טרם פרסומו ולבחור מתוכו פרטים לפרסום, ומיוחסת לה חשיבות ציבורית. כאשר עיתונאי פועל במדיה החברתית הוא יוצר עיתונות מרושתת. בחירה לשתף ידיעה מסוימת בידי יכולה להגביר את אמינותה, את משקלה ואת הסיכוי שישתפו אותה הלאה וירחיבו את תפוצתה במידה ניכרת,<sup>163</sup> מאחר שהמשתפים יניחו כי העיתונאי בחר לשתף פוסט ולתת לו משנה תוקף לאחר שבחן את העובדות.<sup>164</sup> לפיכך קיימים שיקולים כבדי משקל להחלת סטנדרטים של עיתונות זהירה ואחראית. אם השיתוף היה אחריותי והסתייג מהפרסום, יכולה לעמוד

159 ראו לעניין זה Tesis, לעיל ה"ש 103.

160 להרחבה על יוזמות חקיקה אלו בארצות הברית ופגיעתן האפשרית בחופש הביטוי, ראו Lamo & Calo, לעיל ה"ש 104. פתרון דומה הוא חובת שקיפות קונקרטיה בנוגע למקור המסר. פתרון זה כבר הותווה בארץ בנוגע לתעמולת בחירות, ראו תב"כ 8/21 בן מאיר נ' הליכוד (פורסם בנבו, 27.2.2019). בעקבות ההחלטה, פרסם יו"ר ועדת הבחירות צו המורה על שקיפות בתעמולה באינטרנט והחיל על מדיום זה את ס' 10(ב) לחוק דרכי תעמולה, התשי"ט-1959.

161 BENKLER, FARIS & ROBERTS, לעיל ה"ש 112, בעמ' 372-375 (הציעו כי מפיץ מסר באמצעים אלקטרוניים אלגוריתמיים צריך להצהיר כי הפצת המסר ממומנת, בדומה לכללים החלים על פרסום מסחרי שמופץ בידי בעלי עניין תמורת תשלום).

162 בעבר הוכפפה העיתונות לחקיקה נרחבת במסגרת פקודת העיתונות. לדוגמה, נדרש היה רישיון כדי להוציא לאור עיתון. ראו ס' 5,4 לפקודת העיתונות 1933, אולם פקודה זו בוטלה ב-2017. כיום תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות מועצת העיתונות בישראל <http://bit.ly/2PCzAqV> מכפיף את העיתונות לחובות שונות דוגמת חובות שקיפות והימנעות מניגוד עניינים. לבית הדין לאתיקה של מועצת העיתונות סמכות להטיל עונשים על הפרת כללי האתיקה. העיתונות מוכפפת אף לאיסורים בתחומים פרטיקולריים בחקיקה דוגמת החוק איסור לשון הרע. ראו סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע. להרחבה, ראו לביא **אחריות מתוכי תוכן**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 182.

163 בהקשר דומה הגיע פרופ' בנקלר למסקנה כי חזרה על חדשות כזב באשר למועמדים לבחירות לנשיאות בבחירות בארצות הברית ב-2016 בכלי מדיה מסורתיים המשויכים לימין בארצות הברית הובילה להתפשטות הנרחבת ברשת החברתית ותרמה רבות לכך שהציבור האמריקני האמין להן (ראו BENKLER, FARIS & ROBERTS, לעיל ה"ש 112, בעמ' 201).

164 רע"א 1688/18 סרנה נ' נתניהו (פורסם בנבו, 15.4.2018). באותו עניין לא דובר בשיתוף אלא בפוסט שקרי שפרסם עיתונאי מבלי לאמת את העובדות, ובית המשפט התייחס לפרסום לשון הרע בידי עיתונאי בחומרה.



לאותו עיתונאי הגנת חובת הפרסום שבסעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע.<sup>165</sup> אולם לא ראוי להחיל אחריות שיוורית שתחסום תביעה לכתחילה.

בדומה לזה, ראוי כי גם שיתוף בידי נבכרי ציבור ונושאי משרה ציבורית בכירים המתווים מדיניות לא יאיין את התביעה גם כאשר אפשר לזהות את המפרסם. הרציונל לכך הוא שמצופה מנבכרי ציבור ומנושאי משרה ציבורית בכירים לצמצם בלבול בין אמת לשקר ולחזק את תשתית האמת.<sup>166</sup> אף שכיום ההרגשה היא שנבכרי ציבור אינם מקפידים לומר את האמת, ולאחרונה אפילו ציוציו של נשיא ארצות הברית הארבעים וחמש בכבודו ובעצמו סומנו בידי טוויטר כלא מדויקים,<sup>167</sup> מבחינה נורמטיבית מצופה כי משרתי ציבור יפעלו לחיזוק תשתית האמת. כך גם אם לא כל הציבור מאמין לנבכרי ציבור, עדיין יש השפעה על חלקים ממנו, ומבחינה נורמטיבית ראוי להטיל עליהם חובות מוגברות באשר לאמירת אמת. בהיעדר חובות מוגברות יתגבר זיהום השיח הציבורי, נורמת השקר תחלחל לכל מקום, והציבור יאבד את היכולת לקבל החלטות המבוססות על מידע אמיתי.<sup>168</sup>

בהקשר זה אף הוצע לאחרונה בספרות להטיל על נבכרי ציבור ונושאי משרה ציבורית בכירים חובה משפטית רחבה יותר לומר אמת לציבור, נוסף על החובות להן הם כפופים במשפט הפרטי ובדין הפלילי ולהכפיף אותם לעילה מנהלית.<sup>169</sup> הצעה זו חורגת מיריעת הרשימה, אולם בשל חשיבות אמירת אמת מפי נבכרי ציבור ונושאי משרות ציבוריות, השפעת השיתוף שלהם על הקשר מקור המסר והתוקף שיינתן לו יש מקום להחריגם ממודל האחריות השיוורית ולאפשר לתבוע אותם בשל שיתוף תוכני לשון הרע ברוזמנית למפרסם. הצעה זו אינה מהפכנית, מאחר שנטלי הוכחה מוגברים כבר מוטלים על פוליטיקאים ועל אישי ציבור גם בצד השני של המטבע בבואם לתבוע תביעות לשון הרע באשר להתבטאויות שהובעו בגנותם.<sup>170</sup>

165 עניין דיין אורבך, לעיל ה"ש 7, פס' 104 לפסק דינו של כבוד הנשיא דאז גרוניס, אשר מרחיב באשר להגנה זו.

166 ראו אלעד אורג "חובתם של נושאי משרה לומר אמת לציבור" משפטים נ 33, 38 (2020).

167 ראו וואלה "טראמפ מאיים", לעיל ה"ש 61. ראו גם סימון ציוציו של טראמפ לאחר ספירת הקולות בבחירות לנשיאות בארצות הברית ב-2020, וטענת טראמפ כי זכה, בצייצו "I won this election by a lot" אף שלפי הספירה, המועמד הדמוקרטי ג'ו ביידן גבר עליו. Kim Lyons, *Twitter flags President Trump's Tweets about Ballot-Counting*, THE VERGE (Nov. 7, 2020), <https://bit.ly/2KVVnbp>; The Quint, *Trump Falsely Claims Victory on Twitter Just Ahead of Biden Win*, THE QUINT (Nov. 7, 2020) <https://bit.ly/2WKPJvq>.

168 אורג, לעיל ה"ש 166, בעמ' 42-43.

169 שם, בעמ' 63.

170 ראו למשל ע"א 214/89 אבנרי נגד שפירא, פ"ד מג(3) 840, 867 (1989): "הנה כי כן, באיזון הראוי בין חופש הביטוי בכלל וחופש הביטוי בענייני ציבור בפרט מזה, לבין השם הטוב בכלל ושמו הטוב של איש ציבור בפרט מזה, יש ליתן משקל רב לאינטרס הציבורי בהחלפה חופשית של מידע בענייני ציבור הנוגעים לאישי ציבור". בדין האמריקני באשר לדמות ציבורית היסוד הנפשי הנדרש להתגבשות עוללת לשון הרע הוא זדון ממשי, ואילו באשר לדמות פרטית די בסטנדרט של רשלנות. השוו. *N.Y Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 275 (1964); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). על הסטנדרט הגבוה לביסוס אחריות ללשון הרע על דמויות ציבוריות נמתחה לאחרונה ביקורת. ראו *Sunstein, Falsehoods*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 412. אולם החריג אינו עוסק בדמויות ציבוריות

יצוין כי ככלל לא תתאפשר תביעת נבחרי ציבור ונושאי משרה ציבורית כעניין שבשגרה מאחר שתחולתם הכללית של דיני הנזיקין על נבחרי ציבור ונושאי משרה ציבורית מוגבלת בחסינות המהותית המוקנית לחברי כנסת באשר להתבטאויות שנעשות בעת מילוי תפקידם או למענו ובחסינות הדיונית לנושאי משרה ציבורית.<sup>171</sup> אולם החסינות אינה חופש ביטוי מוחלט, לדוגמה אם תכנן חבר כנסת לפרסם פרסום אסור בדין הפלילי, או לפרסם דיבה ולבצע עוולה אזרחית של לשון הרע לא תעמוד לו החסינות.<sup>172</sup> כך, אפשר לטעון כי שיתוף תכנים, בשונה מביטוי בעל פה בלהט הרגע, הוא פעולה מתוכננת ובכך להביא לצמצום החסינות. מלבד זאת, גם אם החסינות תעמוד בתוקפה באשר לשיתוף, מאחר שלחיצת כפתור אינה תמיד מתבצעת מתוך מחשבה רפלקטיבית, לכלל שמחיל סטנדרטים מחמירים על נבחרי ציבור ונושאי משרה ציבורית בכירים באשר לשיתוף לשון הרע יש חשיבות כאמירה כשלעצמה באשר להתנהגות הרצויה נורמטיבית.

#### (ד) דפי בית ציבוריים שמטרתם הבלעדית לפרסם ולשתף פוסטים לציבור

חריג נוסף למודל האחריות השיורית המשפיע על הקשר מקור המסר והסיטואציה ומביא לדרגה גבוהה של הוצאה מהקשר נוגע לדפי בית ציבוריים שמטרתם הבלעדית לפרסם ולשתף פוסטים לציבור, דוגמת סטטוסים מצייצים.<sup>173</sup> אף שדפים אלו מנוהלים על גבי פלטפורמות של רשתות חברתיות בידי פרטים שהפלטפורמה אינה בבעלותם, ראוי להתייחס אליהם כאל מתווך תוכן.<sup>174</sup> בשונה מהפרט המשתף, דף בית ציבורי בחר לכתחילה לפעול כמשתף עוצמתי לקהל רחב. בדומה למתווך, דפי בית ציבוריים רבים פועלים לפי מודל עסקי, וכוחם להשפיע על זרימות מידע רב מכוחו של המשתמש הממוצע.<sup>175</sup> לפיכך לבחירתם של מפעילי דפי בית ציבוריים לשתף פוסט מסוים השפעה ניכרת על הקשר מקור המסר. בחירה זו מעניקה למסר משנה תוקף, ואפשר שייחסו לפוסטים שבחרו לשתף אמינות ומשקל במידה דומה לאלו שמייחסים למידע מאתר חדשות. נוסף על זה, דף בית ציבורי הוא פעמים רבות צומת מרכזי ברשת החברתית, ויש בשיתוף פוסטים באמצעותו חשיפה לקהל רחב ושינוי ניכר בהקשר הסיטואציה. דף בית ציבורי שתכליתו לפרסם פוסטים מוביל להוצאה מהקשר בדרגה גבוהה בהרבה מזו ששיתוף של פרט ממוצע מוביל לה. תוחלת הנזק תוגבר במידה ניכרת ואפשר שתעלה לאין ערוך על נזקי הפוסט המקורי, גם אם דף הבית הציבורי רק ישתף את הביטוי ישירות מן המקור ולא

בכללותן אלא בנבחרי ציבור ונושאי משרה ציבורית ואינו כולל פרטים שזכו לפופולריות בהם התמקדה הביקורת.

171 להרחבה ראו אורג, לעיל ה"ש 166, בעמ' 66–67.

172 לעניין זה, ראו את חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת בעניין "גבולות חסינות חברי הכנסת בהתבטאויות המהוות עבירה" (18.2.2013) <https://tinyurl.com/y4tv9s2y>. כך נטען לאחרונה כי ראש עיריית תל אביב יכול לתבוע את חברת הכנסת מירי רגב מאחר שהתבטאויותיה תוכננו מראש. ראו בר פלג ויונתן ליס "חולדאי תובע את רגב בסך חצי מיליון שקל: שיקרה כשאמרה שמנעתי הצבת דוכני תפילין" הארץ <https://tinyurl.com/yya82e23> (18.5.2020).

173 סטטוסים מצייצים (@lan2lan.sta2sim) פייסבוק <https://tinyurl.com/y2mmj6je>.

174 אציין כי כך התייחסתי לדפים אלו גם ברשימה קודמת. ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, בעמ' 494.

175 ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4. ראו גם הדיון בחלק ג.2 ברשימה זו.

יעתיק אותו. לפיכך קיימים שיקולים כבדי משקל להחריג דפי בית ציבוריים המשתפים פוסטים לציבור הרחב ממודל האחריות השיוויונית ולאפשר להגיש תביעה נגדם גם כאשר אפשר לאתר את המפרסם.

אפשר לטעון כי חריג זה מצומצם וראוי להחילו גם על משתף "משפיע", "מוביל דעה" המקושר בקשרים חברתיים נרחבים, מאחר שהפצה בידיו מגבירה את הסיכוי להפצה נרחבת של המסר ומובילה להגברת אמינותו.<sup>176</sup> אולם מנגד אפשר לטעון כי אין די בפופולריות של המשתף ובפוטנציאל היקף ההפצה כדי להחריג את המשתף ממודל האחריות השיוויונית. נוסף על זה, קביעת קו מבחין לעניין מידת הפופולריות שתחריג משתף ממודל האחריות השיוויונית, לדוגמה לפי מספר עוקבים, תהיה שרירותית. בשונה מעיתונאי שיכול לחזות ששיתוף תכנים בידי יזכה לאמינות, אדם אינו יכול לחזות מראש אם יזכה לפופולריות<sup>177</sup> וכיצד ישפיע מעמדו על אנשים להאמין לתכנים שהוא משתף ולהפיצם הלאה. נוסף על זה, בשונה מעיתונאי שבחר במקצוע של כתיבת כתבות ודיווח חדשותי, המתפרנס מכתובה עיתונאית ואמון על בדיקת עובדות, או מנבחר ציבור שבחר להתמודד בבחירות ויש לו אחריות כלפי הציבור, אין די לטעמי בפופולריות של אדם כדי לחייבו בסטנדרטים עיתונאיים, או חובות זהירות מוגברות כאשר לתכנים שהוא משתף ובהיקף אחריות גדול יותר. אולם הרחבה ניכרת של מספר הנחשפים לשיתוף תוכל להיות שיקול בקביעת סכום הפיצוי במקרים שבהם משתף משפיע שיתף פוסט ונתבע לפי מודל האחריות השיוויונית בשל שיתוף פוסט ממקור לא מזוהה, או כאשר הוא נכנס בגדרי החריגים למודל האחריות השיוויונית. במקרים אלו המשתף אינו פטור מאחריות לפי המודל שהוצג, ועובדת הרחבת קהל היעד תשתקף בסכום הפיצוי שיהא עליו לשלם לנפגע.<sup>178</sup>

## 2. יתרונות מודל האחריות השיוויונית וחריגיו לעומת פסק הדין

בפסק הדין נידילי הציגה השופטת ברק-ארז ברירת מחדל שלפיה התביעה תוגש קודם כול נגד המפרסם המקורי,<sup>179</sup> בהיותו מי ש"חולל" את הפגיעה בשמו הטוב ויכול להסיר מייד

<sup>176</sup> להרחבה על משפיעים ומובילי דעה ראו לביא **אחריות מתווכי תוכן**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 47 והמקורות המאזכרים שם. לאחרונה עלתה סוגיית היקף החבות והפיצוי של מובילי דעה לפרסומי לשון הרע, בדיון בעניין אחריותו של הזמר יואב אליאסי המכונה "הצל", לפרסומים בדף הפייסבוק שלו, אחריו עוקבים 300,000 אנשים. פסק הדין התחשב בהיותו של המפרסם מוביל דעה בבחינת עוצמת הפגיעה במושא הפרסום, אף שבנסיבותיו הפרטיקולריות של המקרה נפסק סכום נמוך של פיצוי. ראו ת"א (שלום פתח תקוה) 47698-02-17 **כהן נ' אליאסי**, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנוב, 11.10.2020). ("המגבלות האמורות על פרסומים של "מוביל דעה" יכול שיבואו לידי ביטוי, בין היתר, בפרשנות ההגנות של חוק איסור לשון הרע, ובפרט בפרשנות של המונחים בעלי הרקמה הפתוחה כגון דרישות תום הלב והסבירות שבסעיפים 15 ו-16 לחוק. כן הן עשויות לבוא לידי ביטוי במסגרת כימות גובה הפיצוי[...]").

<sup>177</sup> בהקשר משיק, כאשר להיעדר האפשרות לחזות מראש פופולריות של יצירות, ראו מיכל שור-עופרי **פופולריות ורשתות בדיני זכויות יוצרים** 221–223 (2011).

<sup>178</sup> אציין כי פסק הדין **כהן נ' אליאסי**, לעיל ה"ש 176, התייחס בפס' 11 לאפשרות כי היותו של המפרסם מוביל דעה, תשפיע גם על תחולת ההגנות בחוק איסור לשון הרע ולא רק על גובה הפיצוי. אולם, רשימה זו טוענת ששאלת היותו של אדם משפיע או מוביל דעה צריכה להשפיע על גובה הפיצוי ולא על עצם האחריות.

<sup>179</sup> עניין נידילי, לעיל ה"ש 17, פס' 49.

את הפרסום. תביעת המשתף תתאפשר לאחר תביעת המפרסם. פסק הדין מתייחס לסוגיית אנונימיות המפרסם כשיקול שיצדיק בחירה לתבוע משתף מסוים ולא את המפרסם.<sup>180</sup> אולם לפי פסק הדין, תביעת המפרסם אינה מאיינת את תביעת המשתף, ואחריותו היא עוקבת או ב־זמנית.

בשונה מזה, ככלל, מודל האחריות השיורית מאיין את תביעת המשתף ויוצר משטר אחריות בלעדית למפרסם כאשר אפשר לאתרו. במצב זה מספר השיתופים יהיה מדד להיקף החשיפה של הפרסום והפיצוי יוכל לעלות על הפיצוי הסטטוטורי בחוק ללא הוכחת נזק,<sup>181</sup> מאחר שאחריות המפרסם תכלול גם אחריות לשיתופים.<sup>182</sup> אולם יישקלו גם שיקולי ריחוק נזק, וככלל הפיצוי יהיה קטן ממכפלת תקרת הפיצוי הסטטוטורי במספר השיתופים. שקילת שיקולי ריחוק נזק אינה חיסרון של המודל המוצע לעומת מצב שבו ייתבעו כל המשתפים, והיא אינה צפויה להוביל לפיצוי בחסר לעומת מצב של תביעה ב־זמנית של המפרסם והמשתפים, מאחר שאם לא הוכח נזק ממוני בפועל, הפיצוי בלשון הרע ייקבע במסגרת הפיצוי הסטטוטורי בחוק ללא כימות נזק, והמשקל יונח על הנזק הלא ממוני בפגיעה בשם הטוב. נוסף על זה, נראה כי ככלל, סכום הפיצוי שהנפגע יקבל בתביעה בלעדית של המפרסם לא יפחת מסכום הפיצוי בתביעת המשתפים, בעיקר בשל העלויות המנהליות שיהיו לתובע באיתור משתפים רבים ובעלויות ניהול התביעה נגדם. נוסף על זה, אפשר שחלקם של המשתפים אינם פועלים בשמם האמיתי, ואי אפשר יהיה לאתרם ולהיפרע מהם כלל. כך, גם לפי מודל של אחריות ב־זמנית של המפרסם והמשתף, לרוב אין התובע יכול לקבל פיצוי בגין כל שיתוף ושיתוף של פרסום לשון הרע על אודותיו.

למודל האחריות השיורית וחריגיו יתרונות, והאיזון שהוא מוביל אליו בין השיקולים הנורמטיביים שהוצגו טוב מזה שאליו מוביל המתווה שהוצג בפסק הדין. ראשית, משטר האחריות השיורית מתמרץ שמירה על הקשר מקור המסר, ובכך מתווה איזון ראוי בין חופש הביטוי לבין כבוד הנפגע. משטר האחריות השיורית מעודד חופש ביטוי באשר לשיתוף שהקשר מקור המסר שלו ברור, ותוספת הנזק שהוא יוצר על פי רוב קטנה, ומצנן שיתוף כאשר מקורו מעורפל וההקשר והתוקף של המסר אינם ברורים. בשונה מזה, האפשרות בפסק הדין לתבוע את המשתף לאחר תביעת המפרסם מחמיצה הזדמנות להגברת שמירה על הקשר מקור המסר. מאחר שלפי פסק הדין המשתף חשוף לאחריות בין כך ובין כך, תמריצו להביא בחשבון את זהות המפרסם בשיקוליו בהחלטה לשתף חלשים מתמריצו שלפי מודל האחריות השיורית, והאיזון שהוא יוצר בין זכויות מדויק פחות.

**שנית**, המודל שהוצע ברשימה מגביר את ודאות רוב המשתפים באשר לאחריותם מאחר שהוא מאיין את אחריות המשתף כאשר אפשר לאתר את המפרסם, ומגביר את ודאות המשתף כאשר להיעדר אחריותו כאשר יש בהירות כאשר ליוזם הפרסום. עמימות עדיין תחול בשאלת פרשנותן של הגנות דיני לשון הרע, אולם מאחר שלפי המודל שהוצג יהיו פחות מקרים שיגיעו לדיון, גם שאלות פרשניות באשר לתחולת ההגנות צפויות להתמעט.

180 שם, פס' 54 ("עוד טעמים שעשויים להסביר בחירה במשתף מסוים נוגעים להיותו של הפרסום המקורי אנונימי או בלתי מזוהה").

181 ס' 7(א)(א) לחוק איסור לשון הרע.

182 ראו חלק ד' לרשימה זו, לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 130–134.

בשונה מזה, פסק הדין אינו מאיין את אחריות המשתף ויוצר עמימות באשר לאחריותו. עמימות והיעדר ודאות יכולים להביא לצינון עצמי נרחב מאשר במצב שבו קיימת ודאות באשר להיקף האחריות.<sup>183</sup> מנגד, הגברת הוודאות שנוצרת במודל המוצע תוביל לצמצום אפקט מצנן על זרימות מידע.

**שלישית**, אחריות שיורית מקדמת יעילות. היא מאפשרת לתבוע משתף של פוסט כאשר מחבר הפוסט המקורי אינו מזהה ומצמצמת את האפשרות לעקיפת אחריות מצד מפרסמים שאם לא כן היו יכולים לחבר מסרים בכינוי לא מזהה ולשתתף בזהות אמיתית מבלי לשאת באחריות. בכך היא מקדמת הרתעה והפנמת נזק ומביאה לתוצאה יעילה מזו שיביא משטר אחריות בלעדית למפרסם, אחריות בלעדית למשתף או אחריות ב-זמנית של המפרסם והמשתפים.<sup>184</sup> אחריות שיורית אף מגבירה את תמריצי המפרסם להפנים את הנזק ומצמצמת דילול של אחריות, בשונה מתוצאת פסק הדין שמאפשרת את תביעת המשתף לאחר תביעת המפרסם ויכולה לגרום לדילול באחריות ולפגוע בתמריצים להפנמת הנזק.<sup>185</sup> לבסוף, מודל זה מקדם יעילות גם במישור העלויות המנהליות, מאחר שכאשר אפשר לאתר את המפרסם, מצב המתקיים תדיר ברשתות החברתיות, תביעת המשתף לא תתאפשר, ובכך ייחסכו עלויות מנהליות גבוהות של ניהול תביעה. גם כאשר אי אפשר לאתר את המפרסם, המודל המוצע מצמצם עלויות מנהליות לעומת פסק הדין, מאחר שהמודל אינו מחיל את החסם הדיוני בפני תביעה "בררנית" שהוצג בפסק הדין.<sup>186</sup> המודל נמנע מהעמימות ומהקושי לצפות מראש אם בית המשפט יתייחס לתביעה כבררנית או יאפשר לה להתקדם<sup>187</sup> ומאפשר לנפגע שיקול דעת לתבוע רק את מקצת המשתפים, מבלי לספק הסבר לבחירה זו, ומבלי שייתפס חסר תום לב. כך הוא מצמצם ריבוי תביעות משתפים מחשש לתביעה בררנית.

**רביעית**, משטר זה מגביר הגינות כלפי הניזוק ומצמצם מצבים שבהם ייוותר ללא סעד ותרופה ללשון הרע המופצת ברשתות על אודותיו ואף מאפשר לו להיפרע ממשתפים שהביאו לדרגה גבוהה של הוצאה מהקשר והגדילו את הנזק במידה ניכרת.

**חמישית**, משטר האחריות השיורית מכוון את התנהגות המשתפים ליישום נורמות אתיות של הפצה ומצמצם את תוחלת הנזק. המשתף הפוטנציאלי ידע לפני מעשה שכאשר הוא משתף מסר ממקור שאינו מוכר לו, אינו משתייך לרשת החברתית שלו ואינו מוכר כידוען,

KENNETH A. BAMBERGER & DEIRDRE K. MULLIGAN, PRIVACY ON THE GROUND: DRIVING CORPORATE BEHAVIOR IN THE UNITED STATES AND EUROPE 242 (2015). ציינו בהקשר משיק כי

עמימות בנוגע לאחריות בדרך כלל מובילה חברות לאמץ הסדרה מחמירה מזו שהייתה מונהגת לפי כללים ברורים. אפשר להסיק מסקנה דומה גם כאשר לרמת הצינון העצמי שבה יבחר המשתף.

Perry, לעיל ה"ש 67, בעמ' 39-42, מציע כי כאשר אי אפשר לתבוע את המפרסם יהיה אפשר לתבוע את המשתף ועומד על יעילות החריג האמור, שיוצר למעשה אחריות שיורית.

185 שם, בעמ' 34.

186 ראו עניין **נידילי**, לעיל ה"ש 17, פס' 49 (שם ציינה השופטת ברק ארוז כי "הגשת תביעה רק כנגד משתף או כנגד משתף מסוים מבין רבים כאשר אין יסוד להבחנה של ממש בינו לבין אחרים, עשויה אפוא להקים מעין תמרוז אזהרה באשר למניעי התובע").

187 חסם דיוני מפני תביעה בררנית יוצר עמימות מאחר שלא ברור מהו הפער המספרי בין היקף חשיפת הפרסום להיקף חשיפת השיתוף ובין מספר המשתפים שנתבעו למספר המשתפים שלא נתבעו שיוביל לסילוק התביעה על הסף.

הוא חושף עצמו לתביעה ולאחריות במקרה של טענה כי הפרסום שבחר לשתף כולל לשון הרע. לפיכך המשתף צפוי לכלכל צעדיו ולנהל סיכונים לפי היקף חשיפתו לאחריות. הוא צפוי להימנע משיתוף מסרים שהוא מתרשם כי הם שקריים, להימנע משיתוף פוסטים שמקורם מעורפל ולהקפיד לשתף בעיקר מסרים ממקורות מזוהים, או למצער להיכנס לפרופיל של מקור המסר ולהתרשם אם הוא פועל בזהות אמיתית ומנהל רשת של חברים ועוקבים, וכך הסיכוי לאתרו גבוה. קידום מחשבה רפלקטיבית בטרם הסתמכות על מסרים ממקורות לא מזוהים או על אלגוריתמים אוטומטיים (בוטים) יצמצם את תוחלת נזקי השיתוף.

החריגים לאחריות השיוורית צפויים אף הם להביא לצמצום שיתופים שגורמים להוצאה מהקשר בדרגה גבוהה שגורמת לנזק נרחב לכבוד הנפגע ולקדם איזון ראוי בין ערכים. ראשית, פרט שמוסיף תוספות לביטוי, פרט שמשקיע מאמץ מיוחד לשתף שיתוף שמגביר את נראות הביטוי המשמייץ או מקשה את הסרתו, ובכך מאפשר את הצגתו לאורך זמן, או מהדהד אותו הדהוד חוזר ונשנה, או משתף שהוא עיתונאי, נבחר ציבור או דף בית ציבורי – כל אלה מובילים לדרגה גבוהה של הוצאה מהקשר. משתפים אלו מגדילים את המשקל שייחסו לביטוי במידה ניכרת ופוגעים בתחרות חופשית בשוק הרעיונות. צינן שיתוף תכנים באמצעות משטר האחריות מתקן כשל בשוק הרעיונות ושומר על חופש הביטוי של הנפגע מפני פגיעה לא מידתית שתביא להדרה נרחבת מהשיח הציבורי. לפיכך חריגים אלו שומרים על האיזון בין חופש הביטוי לכבוד הנפגע ואינם מפירים אותו.

**שנית**, החריגים למודל האחריות השיוורית אינם פוגעים בתמריצים להפנמת נזק וביעילות. במקרה של הוספת תוספות לשיתוף, האחריות קמה לפרסום לשון הרע בפני עצמו בערבוב תוכני המשתף עם תוכני המפרסם.<sup>188</sup> כאשר להשקעת מאמץ מיוחד בשיתוף או למשתף שהוא עיתונאי או נבחר ציבור או דף בית ציבורי, שיתופים מסוגים אלו מביאים לדרגה גבוהה של הוצאה מהקשר ולתוחלת נזק גבוהה מאלה שמביאים כלל השיתופים, ואף מאלה של הפרסום המקורי. במקרים אלו הטלת אחריות לא תביא לדילול לא יעיל של אחריות המפרסם,<sup>189</sup> אלא להפנמת היקף הנזק ולהרתעה יעילה של מי שגרם נזק עצמאי ונפרד. כאשר לעלויות מנהליות, החרגת שיתופים מסוג זה ממודל האחריות השיוורית אינה צפויה להגביר עלויות מנהליות במידה ניכרת, מאחר שרק סוגים מוגדרים של שיתוף יוצאו ממשטר זה, ואילו רוב המשתפים ייוותרו פטורים מאחריות כאשר אפשר לאתר את המפרסם.

**שלישית**, החריגים למשטר האחריות השיוורית יובילו להגינות כלפי הניזוק, שיוכל לתבוע, ולקבל, פיצוי ממשתפים שהגבירו את נזקיו במידה ניכרת. רביעית, החרגת סוגים מוגדרים של שיתוף ממשטר האחריות השיוורית מיידעת את המשתף אקס אנטה כאשר להיקף אחריותו הצפוי, מאפשרת ניהול סיכונים בתנאי ודאות רבה יותר, מובילה לתמריץ שלילי לשיתוף שמשנה את ההקשר ומגביר את תוחלת הנזק במידה ניכרת ומקדמת אחריותיות בשיתוף.

188 לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, עמ' 565–566.

189 Perry, לעיל ה"ש 67, בעמ' 44.

אסכם כי למודל האחריות השיורית וחריגיו יתרונות רבים לעומת היעדר אחריות, אחריות בלעדית למפרסם או אחריות בזמנית של המשתף והמפרסם. המודל המוצע שונה מפסיקת בית המשפט העליון, ויש לו יתרונות על פניה בהקטנת התמריץ לדרגה גבוהה של הוצאה מהקשר. משטר זה מביא לאיזון ראוי בין השיקולים הנורמטיביים לאחריות ומקדם חופש ביטוי, יעילות, הגינות ואחריותיות בשיתוף מידע.

## ה. הגנות והקלות במציאות הדיגיטלית והערות בשולי הדברים

### 1. התאמת ההגנות וההקלות בדיני לשון הרע למציאות הדיגיטלית

עם התפתחות הטכנולוגיה ראוי להתאים את פרשנות ההגנות וההקלות בדיני לשון הרע למציאות הדיגיטלית ולסיטואציה של שיתוף תכנים. פסק דין נדיילי הציע כמה פרשנויות אפשריות שיכולות לאפשר התאמה זו. למרות השוני בין פסק הדין לבין המודל המוצע במאמר זה, באשר לשאלה אם תביעת המשתף עוקבת לתביעת המפרסם (כפי שהוצע בפסק הדין), או שתביעת המפרסם מאיינת את תביעת המשתף (כפי שהוצע במודל), החלת ההגנות וההקלות תקפה גם למודל שמציעה רשימה זו בשינויים המחויבים, מאחר שהאפשרות לתבוע אינה סוף פסק, והגנות דיני לשון הרע יכולות לחול בין שהאחריות שיורית, ובין שהיא עוקבת.

לפי פסק הדין בתי המשפט ידונו בהגנות במקרים רבים יותר, מאחר שתביעת המפרסם אינה מאיינת את תביעת המשתף. בשונה מזה, לפי המודל המוצע ברשימה זו הדיון בהגנות יתקיים רק כאשר אי אפשר לזהות את המפרסם ולאחר, או כאשר חלים החריגים למודל האחריות השיורית (הוספת תוספות לשיתוף, מאמץ מיוחד לשתף, משתף שהוא עיתונאי, נבחר ציבור או דף בית ציבורי). בחלק שלפנינו תעמוד הרשימה על השימוש בהגנותיהם של דיני לשון הרע לצמצם את אחריות המשתף כאשר התביעה אינה מתאימת, ומתקיים דיון מהותי באחריות המשתף. הרשימה תתייחס לפרשנויות שהוצעו בפסק הדין ותציג מחשבות נוספות על התאמת ההגנות לעידן הדיגיטלי.

### (א) צמצום היקף האחריות באמצעות הגנות דיני לשון הרע

צמצום אחריות המשתף יכול להתבצע באמצעות פרשנות הגנת אמת הפרסום בסעיף 14 לחוק. פסק הדין הציע פרשנות מרחיבה של ההגנה בנסיבות שבהן לא יידרש המשתף לבחון את אמיתות המסר טרם שיתפו, לדוגמה כאשר הוא משתף כתבה עיתונאית.<sup>190</sup> נוסף על הגנת אמת, בנסיבות מסוימות הגנות תום הלב יכולות להביא לצמצום אחריות המשתף. לדוגמה ההגנה בסעיף 15(1) לחוק שעניינה בנתבע שלא ידע, ולא היה חייב לדעת, על קיום הנפגע או על הנסיבות שמהן משתמעת לשון הרע. ההגנה מתבססת על היעדר אשמה ומכוונת למקרים שבהם מחבר ממציא דמות דמיונית ובוחר לה שם ומאפיינים, בלי לדעת שקיים במציאות אדם בעל מאפיינים אלו; כאשר אדם משתמש במילים בלי לדעת שיש להן גם גוון שלילי; כאשר אדם מתכוון לכתוב על א ובשל טעות דפוס הדברים

190 עניין נדיילי, לעיל ה"ש 17, פס' 60.



מפורסמים בהתייחסות ל-ב.<sup>191</sup> ייתכן כי פרשנות רחבה של ההגנה והחלטה על המשתף  
 תוכל לאפשר למשתף לחסות בהגנה כאשר לשון הרע על הנפגע הייתה חלק שולי בפוסט  
 ארוך, והמשתף לא היה חייב לדעת על אזכור הנפגע.

אפשרות אחרות לצמצום האחריות היא הגנת הבעת דעה הוגנת בתום לב כאשר קיים  
 עניין ציבורי בפרסום,<sup>192</sup> או הגנת תום הלב כאשר קיים אינטרס או חובה בעשיית  
 הפרסום.<sup>193</sup> הגנה זו הוחלה על פרסומים בעלי אופי עיתונאי בהתקיים עניין ציבורי,  
 בהיעדר זדון וסטנדרט של עיתונות אחראית. דרישה זו יכולה להתמלא אף כאשר הפרסום  
 נעשה בידי מי שאינו עיתונאי במקצועו. אולם החלת ההגנה על פרסומים אינטרנטיים  
 הותרה "בצריך עיון".<sup>194</sup> החלת ההגנה תצמצם במידה ניכרת את אחריותו של המשתף,  
 אולם פסיקה עתידית תידרש להבהיר מהם גבולותיה, מאחר שרוב השיטופים מכוונים  
 לעורר דיון או להשתתף בדיון ציבורי.<sup>195</sup> בנקודה זו מתעוררת השאלה מהו עניין ציבורי  
 בעידן הדיגיטלי, שבו כל אחד יכול לשתף תכנים שיש להם חשיבות בעיניו. האם ראוי  
 להגביל את ההגנה לעניין שיש לו חשיבות ציבורית, ויש לציבור אינטרס לגיטימי לדעת  
 אותו כדי לגבש עמדה בעניינים ציבוריים, או שדי לשתף פוסט שמעניין את הציבור כדי  
 לזכות להגנה, לדוגמה רכילות על ידוען זה או אחר? פרשנות מרחיבה לעניין ציבורי היא  
 למעשה אימוץ דוקטרינת הדיווח הניטרלי הנהוגה בשיטות משפט רבות, אימוץ שיאפשר  
 למשתף לחסות בהגנה רחבה.<sup>196</sup>

הגנה נוספת שתאפשר לצמצם אחריות משתפים היא זו הקבועה בסעיף 15(10) לחוק  
 שעניינה פרסום שלא נעשה אלא כדי לגנות או להכחיש לשון הרע שפורסמה קודם לכן.<sup>197</sup>  
 למעשה, כפי שהוצע בחלק קודם, כאשר המשתף שולל את הפוסט שלילה מוחלטת בתוספת  
 לפוסט, הוא ייכלל במודל האחריות השיורית. אולם כאשר אי אפשר לזהות את המפרסם, לא  
 יידחה הדיון באחריות בשלב מקדמי, ובמקרים אלו יוכל המשתף ליהנות מהגנה זו. נוסף על  
 זה, הדיון בהגנה זו יכול להידרש כאשר התוספות שהוסיף המשתף לפוסט ששיתף מגנות  
 אותו גינני חלקי, או כאשר השיתוף לא התבצע באמצעות כפתור "שתף" ולא קישר

191 גנאים ואח' מהדורה ראשונה, לעיל ה"ש 130, בעמ' 344.

192 ראו בעיקר ס' 15(4) לחוק איסור לשון הרע. כן ראו עניין נידילי, לעיל ה"ש 17, פס' 58 (שהתייחס  
 להגנות הבעת דעה בסעיף 15(3)-(7)).

193 ראו ס' 15(2) לחוק איסור לשון הרע. כן ראו עניין נידילי, שם, פס' 58.

194 עניין דיין-אורבך, לעיל ה"ש 7, פס' 59. הנשיא (דאז) גרוניס השאיר את תחולת ההגנה של חובת  
 הפרסום על פרסומים מקוונים באינטרנט בצריך עיון; במקרה של שיתוף תכנים בעלי חשיבות ציבורית  
 לדוגמה, חשיפת שחיתויות של אישי ציבור, נראה כי ראוי להחיל הגנה זו גם כאשר המשתף. להרחבה  
 בדבר הגנה זו, ראו גנאים ואח' מהדורה ראשונה, לעיל ה"ש 130, בעמ' 346.

195 עניין נידילי, לעיל ה"ש 17, פס' 58 ("קיומה של חובה מוסרית או חברתית לשתף מידע שכבר פורסם  
 תיבחן בעניינים מקלות – מאחר שאין עסקינן בלידתה והורותה של לשון הרע, [...] אלא בשיתוף של  
 ביטוי בעל חשיבות חברתית המצוי כבר בספרה הציבורית – מתוך כוונה לעורר דיון או להשתתף בדיון  
 הציבורי אודותיו").

196 לעניין זה, ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, בעמ' 550.

197 ראו עניין נידילי, לעיל ה"ש 17, פס' 59. כן ראו לעניין זה ע"א (מחוזי מר') 4179-05-13 מירז יחסי  
 ציבור ופרסום בע"מ נ' לוי (פורסם בנבו, 12.1.2014) (מקומון פרסם צילום מסך מאתר אינטרנט והסתייג  
 מהאמור בו לפיכך עמדה למקומון הגנת תום הלב).



למקור, 198 גם אם הסתייג ממנו, אך ההסתייגות הייתה צמודה לפוסט שהועתק ידנית.<sup>199</sup> בית המשפט יבחן את תחולת ההגנה לנסיבותיו של כל מקרה לגופו, והמשתף עשוי לחסות בגדרה.

### (ב) הקלות בפיצוי

לאחר שנקבעת אחריות המשתף נותרת שאלת היקף הפיצוי שיושת עליו. חוק איסור לשון הרע נגזר למידותיהם של אמצעי התקשורת הוותיקים ויש להתאימו לתקשורת הדיגיטלית.<sup>200</sup> כפי שהוצע בפסק הדין נידילי, ההקלות בחוק איסור לשון הרע יכולות לאפשר פסיקת פיצוי מופחת, לדוגמה: ההקלה בסעיף 19 לחוק איסור לשון הרע, המאפשרת הפחתת פיצוי במקרים של חזרה על מה שנאמר ונקיבת המקור. המשתף תכנים למעשה חוזר על שנאמר בלחיצת כפתור. נקיבת המקור שעליו נסמך אינהרנטית לשיתוף, כחלק מארכיטקטורת הרשת החברתית המציינת מאיזה פרופיל שיתפו את הפוסט.

בהחלת ההקלות הוצע בפסק הדין להתחשב בהיקף הנזק של השיתוף לעומת זה של הפרסום המקורי. פסק הדין אף הציע להקל בפיצוי כאשר המשתף היה משוכנע באמיתות התוכן או שיתף פוסט של גוף תקשורת, של עיתונאי או של פוליטיקאי.<sup>201</sup> נוסף על זה, היקף החשיפה של השיתוף יהא שיקול בפסיקת הפיצוי. שיתוף בידי אדם שלו עשרות מעטות של חברים או עוקבים, יוביל לפסיקת פיצוי קטן או אף להקלה בפיצוי עד כדי אי-חויב בפיצוי, ואילו אדם משפיע ברשת החברתית שיש לו עשרות אלפי עוקבים יחויב בפיצוי גדול בשל הנזק הכבד שגרם לשמו הטוב של אדם.<sup>202</sup> בפסיקת הפיצוי תישקל גם התנהגות המשתף לאחר פעולת השיתוף, והוא יוכל ליהנות מההקלה בסעיף 19(4) אם נקט צעדים להפסקת ההפצה בהסרת השיתוף מטעמו.<sup>203</sup> הצעות אלו תקפות גם למודל שהוצע ברשימה זו.

198 שם, פס' 23.

199 יצוין כי צילום מסך והוספת תגובה המנוגדת לפוסט, יכול לעתים לצמצם את נזקי לשון הרע ולאפשר למשתפים לשתף פוסט יחד עם ההתנגדות לו. בחלק מהרשתות החברתיות, ללא צילום המסך וההתנגדות, לא יוכלו המשתפים לשתף את הפוסט המשמיץ יחד עם ההתנגדות לו. אולם לעניין זה מתקיימים הבדלים בין הרשתות החברתיות. לדוגמה, טוויטר (Twitter) מאפשרת לשתף פוסט ששיתף אותו אדם בתוספת גינוי יחד עם הגינוי, נוסף על זה יש גוונים של הסתייגות מהפוסט ויתכן כי המשתף המסתייג מהפוסט פעל באמצעות צילום מסך כדי להקשות על הסרת הפוסט בשל החלקים שהוא מסכים עמם. הבחינה מתי פרט המצלם מסך של פוסט משמיץ ומוסיף התנגדות לדברים יחויב באחריות צריכה אפוא להיערך באשר כל מקרה לגופו במסגרת בחינת ההגנות ולכתחילה פרט זה יצא ממודל האחריות השיורית. להרחבה, ראו הדיון בחלק ד'1.(ב) של מאמר זה.

200 ראו ת"א (שלום ת"א) 20534-06-18 נחום קופלנר נ' פרוץ, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.12.2019), שם הוצע לגרוע מהוצאות המשפט של זוכה בתביעה שהוגשה על סכום מופרז לדוגמה תביעה על כפל תקרת הפיצוי ללא הוכחת נזק בחוק איסור לשון הרע, שם, פס' 7.

201 עניין נידילי, לעיל ה"ש 17, פס' 63.

202 על משפיעים (שנוכרו לעיל בה"ש 111) ותפקידים בהגברת זרימות מידע ותוחלת הנזק, ראו Michal Lavi, *Evil Nudges*, 21 VAND. J. ENT. & TECH. L. 1, 13 (2018).

203 עניין נידילי, לעיל ה"ש 17, פס' 64.

## 2. הערה בשולי הדברים בדבר שיתוף פוסטים שכוללים זיוף עמוק ( deep fakes)

הצורך בהתאמת ההגנות וההקלות בדיני לשון הרע לחזרה על מה שנאמר בעידן הדיגיטלי יתעצם כשפרטים ישתמשו בטכנולוגיה של זיוף עמוק (deep fakes) להפצת מסרים. טכנולוגיה זו מאפשרת, באמצעות אלגוריתמים של בינה מלאכותית, למידת מכונה ומיפוי פנים ליצור תמונות, סרטונים ופסקולים של פרטים עושים ואומרים דברים שמעולם לא עשו או אמרו במציאות, אף שהם נחזים להיות אותנטיים, ובכך ליצור מניפולציה של האמת.<sup>204</sup> לעניין זה רשימה זו קוראת לפתח פתרונות לצמצום הפצת תכנים שהם זיוף עמוק באמצעות טכנולוגיות נגד שתפעלנה הרשתות החברתיות לזיהוי תכנים אלו,<sup>205</sup> ולא להניח את משקל האחריות על המשתף בהם.

ייתכן כי ראוי להחיל פרשנות מרחיבה של הגנות אמת ותום לב בדיני לשון הרע ולאפשר למשתף תכנים אלו שלא לשאת באחריות, בדומה לפרשנות שהוצעה בפסק הדין באשר לשיתוף כתבה עיתונאית, בעיקר אם יש עניין לציבור באותו הפוסט, מאחר שהפוסט נראה אמין והמשתף ברשתות חברתיות אינו יכול לאמת את העובדות. אפשר שפרשנות זו מרחיקת לכת ומאפשרת פטור רחב לא מידתית למשתף, אולם ראוי למצער לאפשר למשתף הקלה בפיצוי כאשר התוכן נחזה להיות אותנטי. לדוגמה, כאשר פרט שיתף פוסט שנחזה להיות של גוף חדשותי או דמות ציבורית, יהיה הדבר שיקול להקלה בפיצוי.

פרשנות ההגנות וההקלות בפיצוי היא שאלה של מדיניות שתתגבש ככל שהמקרים שגיגעו לפתחו של בית המשפט יהיו רבים יותר. פרשנות רחבה תרוקן מתוכן כמעט לגמרי את משטר אחריות המשתף ותותר את האחריות רק לשלושת החריגים למשטר האחריות השיוורית. פרשנות מצמצמת תאפשר הטלת אחריות על משתפים ששיתפו מסר שמקורו במפרסמים שאי אפשר לאתרם. לכל פרשנות עלויות ותועלות שהאיון ביניהן ישליך על עיצוב דמותו של השיח בעידן הדיגיטלי.

204 ראו לעניין זה Chesney & Citron, לעיל ה"ש 13. כן ראו Mary Anne Franks & Ari Ezra Waldman, *Sex, Lies, and Videotape: Deep Fakes and Free Speech Delusions*, 78 MD. L. REV. 892, 894 (2019); Richard L. Hasen, *Deep Fakes, Bots and Siloed Justices: American Election Law in a Post-Truth World*, 64 ST. LOUIS U.L.J. REV. (2020).

205 ראו למשל Reuters, *Facebook to Remove Deepfake Videos in Run-Up to 2020 U.S. Election*, REUTERS (Jan. 7, 2020), [reut.rs/35yOMZa](https://reut.rs/35yOMZa); Grover, *A State-of-the-Art Defense against Neural Fake News*, GROVER (last visited, Oct. 18, 2020) <https://bit.ly/3dO351T>. לעת עתה, מדיניות ההסרה של 'זיוף עמוק' מצומצמת. כך לדוגמה, פייסבוק תסיר 'זיוף עמוק' רק אם יטעה אדם לחשוב שמושא הפוסט אמר דברים שלא אמר. אולם, אין הכרח שיוסר פוסט ערוך שבו מוצג אדם אומר דברים מחוץ להקשר. לעניין זה, ראו Michael Levenson, *Pelosi Clashes With Facebook and Twitter Over Video*, N.Y. TIMES (Feb. 8, 2020), <https://tinyurl.com/vxs6jga>. על חשיבות מתוכי התוכן במדיה החברתית בצמצום הפצת זיוף עמוק, בעיקר בשל הקושי להסיר אחריות לשמועות שקריות שאינן עולות כדי לשון הרע עמדה לאחרונה גם הספרות, ראו Sunstein, *Falsehoods*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 426: "[P]rivate institutions, including social media providers, should be acting far more aggressively to control libel and other falsehoods. They should be doing far more than they are now doing to prevent the spread of doctored videos and reduce the coming spread of deepfakes".

### 3. לשתף או לא לשתף? על חשיפה לאחריות, סיכון והגדרות הפרטיות

לפי המודל שהוצג, פרט הפועל ברשתות החברתיות חשוף לאחריות לשיתוף תוכני לשון הרע אף אם לא הסכים עימם, או הוסיף להם תוספות, בעיקר אם שיתף פוסט שחיבר מפרסם שאי אפשר לאתרו. על פרט ששוקל לשתף תוכן שעלול להיתפס משפיל או מבזה להיות מודע לחשיפתו לאחריות ישירה בגין השיתוף אם המפרסם לא יאותר, ועליו לכלכל את צעדיו, לנהל סיכונים ולהחליט אם לשתף למרות החשיפה לאחריות.

אולם בחירה דיכוטומית בין לשתף ובין להימנע משיתוף אינה הכרח המציאות. פרט יכול לבחור לשתף תוכן ולצמצם חשיפתו לאחריות באמצעות הגדרות הפרטיות של הרשת החברתית. הוא יכול לחסום את ציוציו בטוויטר ולהגבילם לעוקבים בלבד,<sup>206</sup> או להגביל את קהל היעד של פרסומיו ושיתופיו בפייסבוק. כך, קהל היעד יוגבל וגם השינוי בהקשר הסיטואציה. בשל הגבלת השיתוף תוחלת נזקי השיתוף תהיה נמוכה מזו של נזקי שיתוף שלא הוגבל לחברים או לעוקבים, מאחר ששיתוף נוסף בלחיצת כפתור לא יתאפשר מחוץ למעגל החברים. נוסף על זה, מחוץ למעגל החברים לרוב אי אפשר יהיה לראות ברשימת שמות המשתפים כי הוא שיתף את הפוסט, ובכך יפחת הסיכון כי ייתבע בשל שיתוף זה.

הנפגע עדיין יכול לגלות כי אדם שיתף את הפוסט שהפליג בגנותו, אם הוא חבר של המשתף ברשת החברתית, או אם מי מחבריו נחשף לשיתוף כחבר של המשתף, צילם את המסך ויידע את הנפגע בדבר השיתוף. אולם היקף החשיפה לאחריות יהיה מצומצם יותר, והסיכוי כי אותו משתף ייתבע בגין השיתוף נמוך יותר. נוסף על זה, במקרה שיתבע והשיתוף לא יעמוד בתנאי ההגנות בחוק איסור לשון הרע, היקף הפיצוי יהיה קטן מזה שבשיתוף פוסט לכלל הציבור, מאחר שפרטים מעטים יותר ייחשפו לשיתוף, והיקף הנזק שאליו יוביל השיתוף יהיה קטן יותר. הבחירה אינה אפוא רק בין לשתף או לא לשתף אלא גם לפי אילו הגדרות פרטיות לשתף. לא נכון להתייחס למידע התייחסות בינארית – מידע פרטי או ציבורי – ויש ספקטרום שלם של אפשרויות שיכולות לצמצם חשיפה לביטוי גם כאשר אין שומרים אותו בסוד.<sup>207</sup> כך, גם כאשר המשתף בוחר לשתף מסר שחיבר מפרסם לא מוכר וחושף עצמו לאחריות, מתקיימות דרגות של חשיפה לאחריות וסיכון, ובידי הפרט המשתף לצמצם את הסיכון כי יחויב באחריות ואת היקף אחריותו.

### 1. סיכום וקריאה לעתיד בעידן של הפצת תוכן אלגוריתמית

האם שיתוף פוסט משמייך בלחיצה על הכפתור "שתף" הוא פרסום לשון הרע? בעניין נידילי השיב בית המשפט העליון לשאלה זו בחיוב.<sup>208</sup> רשימה זו סקרה את פסק הדין, עמדה על הגישה שממנה הוא יוצא, על השיקולים לאחריות לחזרה על לשון הרע והציעה אלטרנטיבה למשטר גורף של פטור או אחריות המתחשב בהקשר שההפצה יוצרת, מאחר

206 ראו לדוגמה, הגדרות הפרטיות של טוויטר (Twitter, *Privacy and Safety Settings*, [.tinyurl.com/yyyzvtxo](https://twitter.com/yyyzvtxo)).

207 WOODROW HARTZOG, *PRIVACY'S BLUEPRINT: THE BATTLE TO CONTROL THE DESIGN OF* NEW TECHNOLOGIES 95–96 (2018).

208 עניין נידילי, לעיל ה"ש 17.

שהקשר של המסר, מקור המסר, קהל היעד והדינמיקות שייווצרו בו יכולים להשפיע על המשקל שייחסו למסר ועל הסיכוי שישתפו אותו הלאה יותר מאשר המסר עצמו. דרכי שיתוף שונות וסוגים שונים של משתפים משפיעים על ההקשר בדרגות שונות, לפיכך ראוי להתחשב בגוונים שונים של הפצה ובהקשר שהיא יוצרת בקביעת האחריות. המודל שהוצע ברשימה הוא מודל של אחריות שירית. לפי המודל ככלל, כאשר אפשר לזהות את המפרסם, אחריותו בלעדית והיא מאיינת את תביעת המשתף שמוציא את המסר מהקשר בדרגה נמוכה. אולם כאשר אי אפשר לזהות את המפרסם, יהיה אפשר לתבוע את המשתף שהסתמך על מסר שמקורו אינו ברור. הרשימה הציעה כי מודל אחריות שירית יוכל להקטין את החשש להרחבה לא מידתית של אחריות ולאזן כראוי בין שיקולים לאחריות.

הרשימה אף הציעה חריגים למודל האחריות השירית. כאשר לחריגים אלו, גם כאשר אפשר לזהות את המפרסם, אחריות המפרסם לא תאיין את תביעת המשתפים בשל דרגת ההוצאה מהקשר ששיתוף בידיהם יוצר, בשל דרכי ההפצה שנקטו והשפעתם על הקשר המסר או בשל מעמדם והשפעתו על הקשר מקור המסר ועל קהל היעד. הרשימה עמדה על יתרונות המודל וחריגיו וטענה כי האיזון שאליו מובילה בחינת אחריות לפי המודל – בין שיקולים נורמטיביים לאחריות – ראוי מזה שבתוצאת פסק הדין שאול נ' נדיילי. בהמשך התייחסה הרשימה לתחולת ההגנות וההקלות בדיני לשון הרע על שיתוף תוכני לשון הרע והדגישה את הצורך בהתאמת פרשנות דיני לשון הרע להתפתחויות טכנולוגיות. לבסוף הציעה הרשימה כיצד יוכלו המשתפים לצמצם חשיפתם לאחריות.

רשימה זו אינה סוף פסוק. סוגיות חדשות העולות בעידן הדיגיטלי נוגעות לפרסום חוזר בצורות הפצה שלא היו בעבר. לדוגמה, פסק הדין נדיילי הבחין בין היפר־קישור לשיתוף שיוצר עותק בשאלת האחריות.<sup>209</sup> אולם מה באשר לקישור עמוק שממסגר את התוכן העולותי,<sup>210</sup> או מצבים שבהם המקשר לתכנים הוסיף לקישור תוספות? שאלות של אחריות לחזרה על מה שנאמר מתעוררות ביתר שאת עם המעבר מחברת האינטרנט לחברה האלגוריתמית המבוססת־מידע־אישי שבה אלגוריתמים חוזרים על ביטוי שיצרו משתמשים לפני משתמשים אחרים שהמידע שנאסף עליהם מעיד כי הם ימצאו בו עניין. לדוגמה, שאלת אחריות רשתות חברתיות לאלגוריתמים שחוזרים על תכנים שחיברו אחרים בניזופיד של משתמשים והמעדיפים תכנים מסוג מסוים על פני אחרים. האם יכולה לקום למתווך אחריות ללשון הרע בגין חזרה על לשון הרע של משתמש בניזופיד של משתמשים אחרים באמצעות האלגוריתם של פלטפורמת הרשת החברתית? האם הפצה אוטומטית בידי אלגוריתם היא מעשה אקטיבי שעומד בדרישות חוק איסור לשון הרע,<sup>211</sup> או שמא בדומה לחיבוב, יש לפטור את המתווך שעומד מאחורי תכנות האלגוריתם שלו עצמו? ומה באשר לאחריות למנגנון אוטוקומפליט, שמשלים שאילתות חיפוש לפי חיפושים נפוצים של

209 השופטת ברק־ארז הרחיבה בסוגיה זו, ראו שם, פס' 71. לעניין זה, בסוגיה משיקה של קישור עמוק בידי מתווך, (בשונה מהפרט המשתף), ראו לביא "הוצאה מהקשר", לעיל ה"ש 4, בעמ' 561.

210 ראו התייחסות בית המשפט העליון בקנדה, בעניין Crookes-Supreme, לעיל ה"ש 70.

211 להרחבה בעניין זה, ראו ה"ש 31 לעיל.

משתמשים אחרים, כאשר ההשלמה היא אוטומטית ותלויה בחיפוש קודמים של משתמשים ובאותות שהם יוצרים והמנגנון משקלל את האותות באמצעות האלגוריתם?<sup>212</sup> בעקבות פרקטיקות הפצה אלגוריתמית מבוססת-מידע-אישי זכתה פלטפורמת רשת חברתית לאחרונה לכינוי "מכונת התעמולה הגדולה בהיסטוריה".<sup>213</sup> סוגיות של אחריות לפרקטיקות ההפצה האלגוריתמית האמורות הן אתגר לדיני לשון הרע ויצריכו פיתוח במחקרים עתידיים. אלו יידרשו לבחינה מחודשת של מנגנונים מאזנים, של חסמים דינמיים, של הגנות והקלות ואולי אף לפריצת המסגרת ולפיתוח חקיקה פרטיקולרית המותאמת לאתגרי העידן האלגוריתמי.

212 ראו לדוגמה, ה"פ (שלום ת"א) 1242-01-13 **רוזנטל הראל נ' Google Inc.** (פורסם בנבו, 24.6.2013), שם גילה הנפגע שכשמישים את שמו בשורת החיפוש של גוגל (Google), המנגנון מציע ביטויים פוגעניים כהשלמה, ולפיכך הגיש תביעת לשון הרע כנגד החברה. הדיון הסתיים בפשרה, שבמסגרתה הוסכם כי גוגל תשלם לנפגע 30,000 ש"ח ותמנע מצב שבו הקשת שמו במנוע החיפוש תביא להשלמת שמו במילים: "נוכל", "רמאי" ו"הונאה". כן ראו "גוגל כבר לא תציע השלמת חיפוש ליצחי רוזנטל" **גלובס** (24.11.2013) <https://tinyurl.com/y3dgygl2>.

213 ראו לעניין זה דבריו של הקומיקאי והשחקן סשה ברון כהן אצל עומר כביר "למה חשוב להקשיב לסשה ברון כהן כשהוא יוצא נגד פייסבוק" **כלכליסט** (24.11.2019) <https://tinyurl.com/ytyntbay>.