

**משפיענים – היזהרו בפרסומיכם! על אחריותם של משפיענים
ברשתות חברתיות לשידול ולפרסום לשון הרע: בעקבות ע"א
(מחוזי) 20-10-52301 דרוקר נ' אליאסי ואח' (פורסם בנבו,
23.1.2022)**

מאת

מיכל לביא*

*"אני כפוסט אחד מזיז הרים, אני מוריד טייקונים
לברכיים."*

(מתוך עדותו של יואב אליאסי המכונה ה"צל" בבית
המשפט).¹

משפיען ברשתות פרסם פוסט בפייסבוק בו הזמין את חבריו ועוקביו להיכנס לדרך העסקי של עוסקת בתחום המזון ולדרג את המזון שהיא מוכרת בכוכב אחד. זאת בשל דעות שהביעה ברשתות שאינן קשורות לעסקה, ומבלי שרכשו מעסקה מזון כלל. סמוך לאחר מכן, כתבו גולשים רבים ביקורות שליליות בעמוד העסקי של אותה עוסקת והעניקו לה את הדרוג הנמוך ביותר האפשרי – כוכב בודד מבין חמישה כוכבים. העוסקת הגישה תביעת לשון הרע נגד המפרסמים ותביעה בגין שידול ללשון הרע נגד המשפיען. האם ראוי להטיל אחריות לשידול ללשון הרע על המשפיען אף שלא פרסם בעצמו לשון הרע, אלא רק שידל את עוקביו לדרג את עסקה של התובעת דרוג שלילי? או שיש לפטור את המשפיען מאחריות אף שיצר סביבת תקשורת המעודדת לשון הרע? האם ראוי שהוא יצא פטור בלא כלום, בעוד הפרטים שהושפעו ממנו יחוייבו באחריות?

בעניין דרוקר פסק בית משפט השלום כי זכותו של הנתבע המשפיען למתוח ביקורת על התובעת כחלק מחופש הביטוי וכי אין מקום להטלת אחריות בגין שידול ללשון הרע. בית המשפט המחוזי הגיע לתוצאה הפוכה והטיל אחריות על המשפיען בגין שידול ללשון הרע. לאחרונה דחה בית המשפט העליון את בקשת רשות הערעור על פסק הדין והתוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי נותרה על כנה. הרשימה תסקור את יסודות האחריות לשידול ותעמוד על כך שבדיני הנזיקין הכלליים ובדיני לשון הרע הוטלה אחריות לשידול רק בסיטואציות נדירות של השפעה. בהמשך, תעמוד הרשימה על התופעה של משפיענים ברשתות ותטען כי לאור כוחם, השפעתם על זרימות מידע ותרומתם להגברת נזקי ביטוי ראוי להכיר באחריותם כמשדלים. כיום, התפתחויות טכנולוגיות ומחקריות אף יכולות לסייע להוכיח את קיום יסודות האחריות לשידול בידי משפיענים ברשתות חברתיות. אחריות

* ד"ר למשפטים, מחברת הספר: **אחריות מתווכי תוכן לעוללות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה** (2018); עמיתת מחקר במרכז הדר ז'בוטינסקי לחקר שוקי הון, משברים וטכנולוגיות. תודה מקרב לב לעורכת כתב העת **משפטים על אתר** נגה אורדע, לשופטי המאמר ולכלל חברי מערכת כתב העת **משפטים**. המאמר מוקדש לזכרה של אמי – אביבה לביא – שליבה הענק נדם לפתע פתאום והיא בליבנו לעד.
¹ ראו ע"א (מחוזי) 20-10-52301 דרוקר נ' אליאסי ואח' פס' 21 לפסה"ד (פורסם בנבו, 23.1.2022).

לשידול יכולה להפוך לכלי חשוב לצמצום הפצת לשון הרע כאשר מעורבים גורמים אלו וליצור תמריץ שלילי להשפעה על ביצוע עוולות. הרשימה תסקור את פסק דין דרוקר כמקרה מבחן ותדגים כיצד מעמד המשפיענים בא לידי ביטוי בפסק דין זה. בהמשך, תעמוד הרשימה על שיקולים להטלת אחריות לשידול על משפיענים ותטען כי לאור הסכנות הנובעות משידול בידי משפיענים ברשתות מקוונות, ההכרה בשידול בהקשר זה מבורכת, אולם יש לתחום את גבולות האחריות להשפעה. ככל שתתקדם הטכנולוגיה וזמינות ומהירות כלי ניתוח רשתות, יתאפשר אף להשתמש בכלים אלו כשמתעוררת עמימות. לסיום, הרשימה תרחיב בנושא אחריותם הישירה של משפיענים לתוכני לשון הרע שהם מפרסמים ובשאלת גובה הפיצוי ותחתום בקריאה למשפיענים להיזהר בפרסומיהם, הן כמשדלים והן כמפרסמי לשון הרע.

פתח דבר. א. שידול לעוולה – רקע. 1. שידול בדיני הנזיקין הכלליים ובדיני לשון הרע. 2. שידול להפרת זכויות יוצרים. **ב. שידול כעניין של השפעה על הקשר זרימות מידע.** 1. קצת על מובילי דעה, משפיענים והשפעה ברשתות מקוונות. 2. על היחס בין משפיענים למתווכי התוכן. **ג. גלגוליו של פסק דין דרוקר נ' אליאסי: אחריות משפיען להשפעה על ביצוע עוולה.** 1. הדיון בבית משפט השלום: אי הכרה בשידול כאשר המשדל לא ביצע עוולה, אי הכרה במעמד המשפיען לעניין שידול. 2. הדיון בבית המשפט המחוזי: הכרה בשידול מבלי שהמשדל ביצע את העוולה הישירה, הכרה בהשפעת משפיענים על מעשי אחרים. 3. החלטת בית המשפט העליון – דחיית בקשת רשות הערעור והותרת הכרת בית המשפט המחוזי באחריות לשידול על כנה. **ד. שיקולים לאחריות המשדל שלא ביצע עוולה ישירה.** ה. הוכחת יסודות השידול ותחילת האחריות להשפעה. 1. מי הוא משפיען? 2. מהו שידול בר אחריות? כיצד נסיק כי למשפיען היתה מודעות או כוונה? 3. קשר סיבתי. **ו. משפיענים היזהרו בפרסומיכם! על אחריותם הישירה של משפיענים לפרסומיהם העולתיים ועל גובה הפיצוי.** ז. סיכום.

פתח דבר

אחריות לשידול מאפשרת להרחיב את מעגל האחראים בגין מעשה עוולה ולכלול בה גם גורמים שתרמו להפרת דין. סעיף 12 לפקודת הנזיקין קובע כי "המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, יהא חב עליהם."² סעיף זה חורג מן העיקרון הרגיל החל בדיני הנזיקין – לפיו "אדם אחראי למעשיו, ואין הוא אחראי למעשי הזולת".³ משטר זה מאפשר להטיל אחריות לשידול לעוולות שונות בהתקיים שלושה תנאים מצטברים: הפרת דין ישירה (ביצוע עוולה); כוונה של המשדל לכך שהמשדל יבצע עוולה,⁴ או מודעות לכך שהעוולה היא

² סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], עמוס הרמן, דיני נזיקין 219 (מהדורה שניה, 2020), חאלד גנאים, מרכזי קרמניצר, בועז שנור, דיני לשון הרע, הדין הרצוי והמצוי, 279 (מהדורה שניה, 2019); מיכל לביא אחריות מתווכי תוכן לעוולות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה 141-42 (2018), ע"א 19/2362 פלונים נ' הרשות הפלסטינית פס' 10 לפסק דינו של הש' עמית, (פורסם בנוב, 10.4.2022).

³ פלונים נ' הרשות הפלסטינית, שם פס' 3 לפסק דינו של הש' גרוסקופף
⁴ לגישה זו אין די במצב נפשי של ידיעה, ויש צורך ביסוד נפשי של כוונה (scienter, intent) שתבוצע העוולה העיקרית. ראו אהרן ברק, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 439 (1976), הרמן, ה"ש, שם בעמ' 220.

תוצאה ישירה של השידול; קשר סיבתי בין פעולת השידול לבין העוולה שבוצעה, למעט במקרים שהשידול הוא באשרור העוולה.⁵ פעולת המשדל לא חייבת להיות סיבה שאין בלתה לעוולה שביצע המעוול, אך צריכה להיות בעלת תפקיד רציני בשרשרת האירועים שהובילו לתוצאה העוולתית.⁶ כאשר המשדל השתתף בביצוע העוולה נוסף על השידול, נראה שאין צורך בדרישת הקשר הסיבתי.⁷ ככלל, כפי שיוסבר בהמשך, הפסיקה בדיני הנזיקין הכלליים השתמשה בכלי אחריות זה שימוש מוגבל ולרוב נמנעו מהטלת אחריות, למעט בנסיבות חריגות, או כאשר המשדל היה גם שותף לביצוע העוולה.

הרשימה תעסוק בשידול ללשון הרע בידי משפיענים ברשתות חברתיות. היא תתמקד בשאלה האם ראוי להטיל אחריות על משפיען ששידל אחרים לבצע עוולה אף שלא היה שותף לביצועה, או שמא יש לפטור אותו מאחריות לשידול אף שיצר סביבת תקשורת שהשפיעה על ביצועה של עוולה והוביל לכך שאחרים יבצעו עוולה. בית המשפט המחוזי הכריע בשאלה זו בעניין דרוקר ולאחרונה דחה בית המשפט העליון את בקשת רשות הערעור על פסק הדין.⁸ הרשימה תתמקד בפסק הדין,⁹ ותבקש לשפוך אור על סוגיה זו. נוסף על זה, תתייחס הרשימה להיקף האחריות הישירה שראוי להטיל על משפיענים ללשון הרע שהם עצמם מפרסמים ולשאלה האם ראוי להטיל עליהם אחריות מוגברת לפרסומיהם, או לפרש את הגנות חוק איסור לשון הרע בצמצום לגביהם, ואף תעמוד על שאלת גובה הפיצוי.

הרשימה תפנה זרקור לגורמים משפיענים ברשתות ותעמוד על כוחם להשפיע על זרימות מידע. הרשימה תטען כי בעידן הדיגיטלי גורמים אלו יכולים להשפיע על הרשת החברתית שלהם ולהביא לביצוע עוולות בהיקף נרחב. הרשימה אף תטען כי בעידן הדיגיטלי קל יותר לבחון את מעשי המשפיענים, ולהתחקות אחר כוונתם ואחר הקשר בין מעשיהם לתוצאה, בהתחקות אחר ההיסטוריה של האינטראקציה בין השחקנים ברשתות, ובשימוש בכלים טכנולוגיים וכלי ניתוח שונים, לפיכך קיימים פחות מכשולים להטלת אחריות על גורמים אלו. לאור תרומתם המהותית של משפיענים ברשתות מקוונות והיקף השפעתם ראוי להכיר באחריותם לשידול, גם כאשר לא היו שותפים לעוולה עצמה. הרשימה אף תתייחס לאחריותם הישירה של משפיענים לפרסומיהם ולהבדל בין שידול לפרסום בקביעת שאלת אחריות המשפיען וגובה הפיצוי.

בחלק הראשון תתייחס הרשימה לפסיקה בסוגיית השידול ותראה כי ככלל, הטלת האחריות לשידול נדירה והיא הוטלה בעיקר בנסיבות מיוחדות של הטעיה, מצב מיוחד של המשדל שלמעשה גרמו לכך שהוא יושפע על ידי המשדל, או שותפות לעוולה העיקרית. בתחום של קניין רוחני, אפשר הדין להטיל אחריות ישירה לשידול במסגרת הדוקטרינה של הפרה תורמת מבלי שהתובע ביצע עוולה ישירה, כאשר המשדל השתמש בפלטפורמה שבבעלותו להביא לביצוע עוולה. הרשימה תתמקד בסוגיית ההשפעה ותטען שהחריגים לנורמה של אי הטלת אחריות לשידול כאשר המשדל לא השתתף בעוולה הישירה התאפיינו

⁵ פלוניס נ' הרשות הפלסטינית, שם פס' 22-16 לפסק דינו של הש' עמית

⁶ ע"א 6871/99 רינת נ' רום פ"ד נ"ו(4) (2002)80,92, הרמז, ה"ש, שם בעמ' 220, אולם נציין כי כאשר המשדל שיתף גם עצמו בעוולה, או אשרר אותה בדיעבד, דרישת הקשר הסיבתי אינה קיימת.

⁷ עניין רינת, שם, פס' 12 לפסה"ד.

⁸ רע"א 22/2030 אליאסי נ' דרוקר (פורסם בנבו, 31.8.2022) (דרוקר- בר"ע עליון).

⁹ ע"א 20-10-52301 דרוקר נ' אליאסי ואח' (פורסם בנבו, 23.1.2022)(להלן: דרוקר – מחוזי)

בנסיבות של השפעה מיוחדת. **בחלק השני** תרכיב הרשימה אודות גורמים משפיענים ברשתות והדינמיקות אליהן הם יכולים להוביל ועל הפוטנציאל של הכרה במעמד של משפיענים כמעמד בר אחריות לשידול לעוולה. בהמשך תרכיב הרשימה על אודות היחס בין משפיענים, שהפופולריות שלהם אינה ניתנת לצפיה ומתגבשת מ"למטה למעלה" למתווכי תוכן, שבניהול הפלטפורמה נטלו על עצמם תפקיד שכולל השפעה "מלמעלה למטה" ותבחן האם ראוי לערוך היקש ביניהם. **בחלק השלישי** תתמקד הרשימה בשידול ללשון הרע ותסקור את פסק דין דרוקר לגוליו.¹⁰ הרשימה תטען כי פסק הדין של בית המשפט המחוזי אשר הטיל אחריות על משפיען לשידול, מבלי שביצע את העוולה הישירה, הינו חידוש ביחס למצב המצוי שקדם לו. מסקנת פסק הדין עולה בקנה אחד עם מסקנות דיון משיק בספרות בנושא מתווכי התוכן והן יושמו בו בפועל בהקשר של גורמים משפיענים ברשתות. **בחלק הרביעי** תעמוד הרשימה על שיקולים שונים לאחריות משדל שלא השתתף בביצוע העוולה הישירה ותסכם כי משפיענים המשדלים לעוולה פעמים רבות מקיימים את יסודות האחריות לשידול בשל יכולתם להשפיע על התנהגות אחרים וראוי לראות בהם כרי אחריות. **החלק החמישי** יטען כי למרות המהלך החיובי בהכרה באחריות משפיענים לשידול ראוי לתחום את גבולות אחריותם ולבחון את יסודות האחריות לשידול בהתוויית קווים מנחים לבחינת התנאים לקיומו של שידול בר אחריות. **החלק השישי**, יעסוק בשאלת אחריות משפיענים לפרסומיהם וישאל האם ראוי להטיל עליהם אחריות ישירה מוגברת לפרסומים עוולתיים הכוללים לשון הרע, להבדיל מאחריות "מעורבת" לשידול אחרים לביצוע עוולה. באשר לאחריות ישירה של משפיענים לפרסומיהם תטען הרשימה כי לא ראוי ליצור הכבדה מכופלת בהטלת אחריות מוגברת על פרסומיהם, או לנקוט בפרשנות מצמצמת של הגנות חוק איסור לשון הרע, אלא שראוי שהשלכות ההשפעה על הנזק ישתקפו בגובה הפיצוי. לסיום תציג הרשימה המלצה למשפיענים להיזהר בדבריהם, הן כמשדלים והן כמפרסמים מאחר שעם הכוח להשפיע מגיעה גם האחריות והפיצוי.

א. שידול לעוולה – רקע

דיני הנזיקין מאפשרים להטיל אחריות על כמה צדדים שכל אחד מהם תרם לפגיעה תחת משטר האחריות לשידול. אחריות זו שונה מאחריות ישירה של מעוול להתנהגות עצמה, ואף אינה אחריות שילוחית למעשה הזולת שמטרתה להתמודד עם כשלי אכיפת העוולה הישירה, להקצות תמריצים לנקוט אמצעי זהירות ולאפשר פיזור נזקים. במצבים של שידול, מחד גיסא, לאחריות פן של אחריות שילוחית, כי המשדל אינו מבצע את העוולה בעצמו, וזו מותנית בביצועה בידי המעוול הישיר. מאידך גיסא, מתקיים פן של אחריות אישית כי במעשה השידול הוא משתף עצמו במעשה או במחדל ומסייע להם, מעשיו שלו (שידול וסיוע) תורמים למעשה העוולה. אחריות זו ניצבת אפוא על קו התפר בין אחריות אישית לשילוחית, ולפיכך נתפסת כ"מעורבת", ומוטלת בשל תרומה להפרת דין.¹¹ הדין מאפשר להטיל אחריות לשידול

¹⁰ ת"א 17-09-39830 דרוקר נ' אליאסי ואח' (פורסם בנבו 4.8.2020) (להלן: דרוקר – שלום); דרוקר – מחוזי, דרוקר- בר"ע עליון.

¹¹ הרמן, ה"ש"מ, שם בעמ' 219, לביא אחריות מתווכי תוכן, ה"ש"מ, שם בעמ' 142, 147; להרחבה על סוגי אחריות למעשי הזולת ראו אהרן ברק אחריות שילוחית בדיני נזיקין 70–37 (1964)

לעולות שונות בפקודת הנזיקין. לדוגמה, עולות הרשלנות¹² ועולות לשון הרע,¹³ ואף אחריות לעולות מחוץ לפקודה כגון הפרה תורמת בדיני זכויות יוצרים¹⁴ ובדיני פטנטים.¹⁵

1. שידול בדיני הנזיקין הכלליים ובדיני לשון הרע

ככלל הפסיקה בדיני הנזיקין הכלליים (מלבד התחום של תרומה להפרת זכויות קניין רוחני, שאליה נתייחס בפסקה הבאה), השתמשה בכלי האחריות לשידול שימוש מוגבל, והחילה פרשנות מצמצמת של יסודותיו.¹⁶ סקירת פסיקה בארץ מגלה כי ככלל, דיני הנזיקין הכלליים נמנעו מקביעה כי התקיימה השפעה על הזולת לביצוע עוולה ומהטלת אחריות לשידול לעוולה. כך בעניין רינת נידונה השאלה אם אדם שהתראיין לעיתון בתגובה על פרסום לשון הרע "משתף עצמו" כמשמעות סעיף 12 לפקודת הנזיקין ולכן אחראי לפרסום לשון הרע המקורי. השופט ריבלין היה בדעה ש"יחוס אחריות כמשתף ומשדל על יסוד מתן תגובה או ריאיון לכתבה הכוללת דבר דיבה... אינו עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 12 לפקודה".¹⁷ בעניין אלקובי, עלתה טענה לשידול בתביעת לשון הרע כטענת הגנה. נקבע כי הנתבע יכול היה להימנע מהוצאת דיבתו של התובע ועמדה לו הבחירה לומר את הדברים, או לא לומר אותם.¹⁸

¹² החלה זו מתבצעת מכוח סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין עם סעיף 12 לפקודת הנזיקין. ראו הרמן, בעמ' 220; ע"א 377/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"ח(3)1984.

¹³ החלה זו מתבצעת מכוח סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע במשותף עם סעיף 12 לפקודת הנזיקין. ע"א 6871/99 רינת נ' רום פ"ד נ"ו(4) 72, 81 (2002); שם נדחתה התביעה בשל היעדר מודעות לאופן שבו פורסמה תגובה לכתבה. עתירה לדיון נוסף נדחתה. ראו דני"א 3793/02 רום נ' רינת (פורסם בנבו, 11.2.2003), חאלד גנאים, מרדכי קרמניצ'ר, בועז שנור, דיני נזיקין הדין הרצוי והמצוי, 291 (2019).

¹⁴ ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פס' 20-21 לפסה"ד (פורסם בנבו, 20.6.2011).

¹⁵ ע"א 1636/98 רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ, פ"ד נה(5) 337 (2001).

¹⁶ ע"א 313/08 נשאיבי נ' רינאוי, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.8.2010). "עד היום נעשה בפסיקה שימוש מוגבל ביותר בסעיף 12 לפקודת הנזיקין כמקור להטלת אחריות במטריות שונות, תוך שהפסיקה נותנת לסעיף פירוש מצמצם ביותר. "פלונים נ' הרשות הפלסטינית, ה"ש 2, פס' 3 לפסק דינו של הש' גרוסקופף " כן, העמדה הרווחת היא כי יש לפרש את היקף תחולתו של הסעיף באופן מצמצם, ולנקוט בזהירות ובמסורה בבואנו להטיל אחריות נזיקית מכוחו"

¹⁷ ע"א 6871/99 רינת נ' רום פ"ד נ"ו(4) 72, 81 (2002); הרמן, ה"ש 2, שם בעמ' 220. כל עוד לא כלל המרואיין פרסומי לשון הרע בדבריו תגובתו, וכל עוד לא רצה ולא ידע כי הוא נותן ידו להוצאת דיבה, רשאי הוא להתבטא מבלי שיסתכן באחריות כשותף או כמשדל לפרסום לשון הרע

¹⁸ ראו תא (ח"י) 15972/03 אלקובי נ' וולודרסקי (פורסם בנבו, 27.12.05) פסק הדין התייחס לטענת שידול בין פרטים אינדיבידואלים מחוץ למרחב המקוון. הנתבע טען כי הוא שודל לבצע עולות לשון הרע ואין מקום להטיל עליו אחריות. באותו עניין בני הזוג באו במטרה להקליט את התובע ולספק הוכחות לכך שהכפיש את המתחרה. למעשה אותו פרט הביע עולות ביטוי קודם לכן ללא כל "שידול". מעיון בתמליל השיחה בס' 21 לפסה"ד עולה כי השאלות שנשאל, אף שהוגדרו בפסק הדין כשאלות מנחות, היו ניטרליות לתוכן עולות. אולם נראה כי השופטת נאות-פרי פרשה באופן כללי את גבולות השידול בצמצום: "מעבר לכך אינני מבינה די הצורך את השימוש במונח "פיתוי" או "שידול" בהקשר בו עסקינן. שהרי הזוגות לא הציעו לנתבע דבר תמורת דבריו, הם לא ניסו לקשור עמו, ולא הוצמד אקדח לרקתו. לכן, הנתבע יכול היה שלא להוציא את דיבתו של התובע, היתה בידיו הברירה לומר את הדברים או שלא לומר אותם – והוא בחר למסור את המידע ביוזמתו ומשיקוליו הוא." (פס' 35-36)

הפסיקה הטילה אחריות לשידול בעיקר בנסיבות מיוחדות, או במצבים שבהם הייתה השתתפות ישירה, ומעשי המשדל נשאו אופי של אחריות אישית-ישירה.¹⁹ נסיבות מיוחדות בהן הוטלה אחריות לשידול התקיימו ראשית, כאשר הפרט המשדל שהשפיע על אחרים לבצע עוולה הציג מצג שוא מטעה, שלמעשה יצר מניפולציה של מידע ואפשר להשפיע על מעשי אחר. כך, בעניין **בוסקילה** הניעו חברי ועד מושב את המשטרה לבצע באופן רשלני צו של בית משפט כאשר יצרו את הרושם, וכנראה גם שכנעו את המשטרה, שיש לבצע את הצו באופן שגרם נזק לתובע. השופט בייסקי, קבע שהמושב אחראי כמשדל עקב מצג השוא שהתבצע על ידיו.²⁰ יצוין שבאותו ענין נקבע גם כי חברי המושב גם תרמו ישירות לביצוע העוולה, לכן הוטלה עליהם אחריות כמעוללים במשותף ביחד עם המשטרה.²¹ אחריות לשידול הוטלה בשל השפעת מצג כוזב גם בעניין **ויינר** שם הוצג מצג שקרי בסוגיה של דיני ירושה.²²

סוג שני של נסיבות מיוחדות שפסיקה בבית משפט לענייני משפחה הטילה אחריות לשידול בגינו הוא **מצבו המיוחד של המשדל** ויחסי כוחות לא שוויוניים בין המשדל למשדול שאפשרו למשדל לנצל את מצבו של המשדל בידועין ולהשפיע עליו. כך בעניין **מ' ט', ט'²³** הוכרה אחריות לשידול לסרבנות גט. באותו עניין מצבו המיוחד של המשדל כחסוי שאינו פסול דין הוביל להטלת האחריות.²⁴

מלבד הנסיבות המיוחדות שצוינו, אחריות לשידול הוטלה גם כאמור כאשר **המשדל תפקד גם כמעוול במשותף**, אולם במקרים אלו האחריות לשידול היתה אגבית לעוולה הישירה שביצע המשדל.²⁵ מקרה מרכזי הוא פסיקת בית המשפט העליון בעניין **פלונית ואח' נ' דניאל**²⁶ שם הצדדים לסכסוך היו חברים בקבוצה סגורה ללימודי פילוסופיה. ארבע מחברות הקבוצה הגישו תלונות אונס כוזבות נגד אדם אשר אף פעלו להוקעתו בגין המעשים שייחסו לו, לרבות שכירת עו"ד, גיבוש תכנית במשרדו של יועץ תקשורת כדי לביישו, תלונה

¹⁹ אורית פישמן – אפורי "אחריות תורמת להפרת זכויות יוצרים בישראל: מהפורום בהר הצופים לפורום המקוון" **הפרקליט נב**, 45 (2013)

²⁰ ראו **הרמן**, ה"ש2, שם בעמ' 220. ע"א 377/81 **בוסקילה נ' מדינת ישראל**, פ"ד ל"ח(3)337(1984) ראו פס' 9 לפסק דינו של הש' בייסקי; וראו גם ע"א (ת"א) 1944/05 **עופר נ' דרעי**(פורסם בנבו, 18.6.09).

²¹ ראו עניין **בוסקילה**, ראו גם **הרמן**, ה"ש2, שם בעמ' 220.

²² ע"א 3024/10 **ויינר נ' מויאל** פס' 29 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.4.2013)(**"צבי רתם עצמו באופן פעיל למעשה העוולה שביצע אביו בהתקשרו בהסכם הראשון עם ה-JCC, תוך הצגת מצג כוזב לעניין סדר הירושה והשמטת הירושים האמריקאים ממנו בידועין"**)

²³ תמש (י-ם) 22158/97 **מ' ט' נ' מ' ט' מ' ט'**(פורסם בנבו, 16.8.11) פס' 37, ופס' 56. פסק הדין קבע כי הנתבע השפיע על אחיו לסרב לתת גט ואחראי לשידול ברשלנות. בבחינת האחריות השופט עמד על תדירות ההשפעה, אופי ההשפעה ויחסי הכוחות בין המשדל למשדול.

²⁴ בפסק הדין האמור, המשדל, בשל מצבו הנפשי, הוכרו כחסוי שאינו פסול דין. נראה שמצבו של המשדל הוא שהוביל להחלטה להכיר באחריות להשפעה עליו לסרבנות גט. ראו פס' 6 לפסה"ד.

²⁵ תא (כ"ס) 4199/94 **חסן תאיה נ' סמי בלעום** (פורסם בנבו, 26.3.01), תא (ת"א) 2117-07 **גאמידה מדאקויפ בע"מ נ' Fisher Scientific Company L.L.C, חברה זרה** (פורסם בנבו, 5.12.12), ע"א 3024/10 **ויינר נ' מויאל** פס' 32 לפסה"ד (פורסם בנבו 2.4.2013)(**"בנסיבות המקרה דנן יש לראות באסתר כמי ששתפה עצמה במעשי העוולה שביצע אביה, לאחר שנעשו, ובשל כך היא נושאת באחריות, מכוח סעיף 12 לפקודה, למעשי העוולה שביצע אביה"**)

²⁶ ע"א 7426/14 **פלונית ואח' נ' דניאל** (פורסם בנבו 14.3.2016).

עליו בלשכת עורכי הדין והפגנה מול לשכת עורכי הדין ומול ביתו תוך הוצאת לשון הרע. הנפגע הגיש תביעת לשון הרע ונפסקו לטובתו פיצויים,²⁷ אשר הופחתו בערעור לעליון. במקרה זה על אחת הנשים המעורבות הוטלה אחריות בשידול מאחר שבנוסף לאחריותה הישירה בפרסומי לשון הרע והשותפות האקטיבית בביצוע העוולה, היא הנהיגה את הקבוצה הסגורה האמורה, ושימשה כיד מכוונת להתנהלות המתלוננת. נקבע כי בשל הסביבה שיצרה, הסכסוך שפרץ בינה לבין הנפגע הפך למעשה לסכסוך של ה"קבוצה" נגדו.²⁸ אולם בפסק הדין האחריות לשידול היתה אגבית ולא נידונה בהרחבה, וספק אם היתה מוטלת לולא היתה שותפה אקטיבית בביצוע העוולה הישירה של פרסום לשון הרע.

בשולי הדברים יצוין כי נסיבה מיוחדת נוספת בגינה הוכרה לאחרונה בבית המשפט אחריות לשידול התייחסה לאשרור העוולה בדעיכה,²⁹ אשר שונה משידול לעוולה צופה פני עתיד, או משותפות ישירה לעוולה.³⁰ בעניין פלונים נ' הרשות הפלסטינית³¹ המערערים איבדו את יקיריהם בפיגועים במהלך האינתיפדה השנייה להם היה אחראי איש החמאס עבדאללה ברגותי. הדין נסב בשאלה האם אפשר לייחס לרשות הפלסטינית וארגון שחרור פלסטין אחריות בגין פיגועים אלו, מאחר שלמבצעי הפיגועים מועברים תשלומים מהרשות הפלסטינית שיש בהם כדי להוות תמריץ כלכלי לפעילות טרור. בעניין זה, הפך בית המשפט העליון את קביעת בית המשפט המחוזי וקבע ברוב דעות,³² כי תשלום כספים על ידי הרשות הפלסטינית לאסירים ביטחוניים ולבני משפחותיהם, מהווה אישור כמשמעות המונח בסעיף 12 לפקודת הנזיקין. כך, הוטלה אחרות נזיקית על הרשות הפלסטינית. יצוין כי ככלל בתי המשפט לא דנים בסוגיית האחריות לאשרור תדיר ואפשר לראות את החלטת בית המשפט העליון להכיר באחריות לאשרור תקדימית.³³

אחריות המאשרר שונה מששת סוגי המשדלים האחרים בסעיף 12 לפקודה,³⁴ מאחר שהמאשרר נעדר את היכולת לשנות את נזקי העוולה ובשל זאת אף לא נדרש קשר סיבתי בין

27 ת.א (מחוזי) 004057-05-10 דניאל נ' פלונים ואח' (פורסם בנבו, 14.09.2014).

28 פס' 83 לפסה"ד ר"ש היתה מנהיגת הקבוצה והיד המכוונת מאחורי התנהלותן של המתלוננות. הסכסוך שפרץ בינה לבין אורי הפך בהנהגתה ובהנחייתה לסכסוך של "הקבוצה" נגד אורי. "... נוכח חלקה המהותי בפרשה, אשר עולה גם כדי שידול לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין), ובהתחשב גם שלא טרחה להתייצב כדי להתגונן מפני התביעה, תחוייב ר"ש בפיצוי לטובת אורי בסכום של 200,000 ₪ ללא הוכחת נזק, בגין מספר פרסומים של לשון הרע "בכוונה לפגוע", לפי סעיף 7א(ג) לחוק איסור לשון הרע (נומינלי, ללא הצמדה)."

29 להרחבה על אשרור ראו ע"א 19/2362 פלונים נ' הרשות הפלסטינית פס' 16-22 לפסק דינו של הש' עמית (פורסם בנבו, 10.4.2022)

30 שם פס' 12 לפסק דינו של הש' " להבדיל מהמאשרר, ה"משדל" נכנס לתמונה בציר הזמן הכרונולוגי לפני ביצוע העוולה."

31 שם.

32 שם, השופטים יצחק עמית ו-דוד מינץ, הגיעו בפסק דינם למסקנה זו, כנגד דעתו החולקת של השופט עופר גרוסקופף.

33 שם, פס' 19 לפסק דינו של הש' עמית "באשר לחלופת "המאשרר" שבסעיף 12 לפקודה, ככל שידיעתי מגעת, לא נמצא בפסיקתו של בית משפט זה מקרה "טהור" של הטלת אחריות מכוח חלופת ה"מאשרר ומכוחה בלבד"

34 סעיף 12 לפקודת הנזיקין "המשותף עצמו, מסייע, מייצץ או מפתח למעשה או למחדל..., או מצווה, מרשה או מאשר אותם, יהא חב עליהם.."

הוראתיו לעולה.³⁵ מאחר שאשרור שונה מסוגי שידול אחרים אשר צופים פני עתיד ומשפיעים על התרחשותה של עולה, הרשימה לא תרחיב בנושא האשרור.

2. שידול להפרת זכויות יוצרים

בתחום של זכויות יוצרים בתי המשפט הכירו באחריות לשידול כחלק מדוקרטינת ההפרה התורמת, גם כאשר המשדל לא יצר מצג שוא שהוביל לעולה, לא השפיע על גורם פגיע ולא היה שותף לעולה המקורית, כאשר המשדל יצר סביבה שעודדה את ביצוע העולה. פסק הדין בעניין שוקן התווה את הקווים המנחים לאחריות. פרשה זו עסקה באחריותה התורמת האוניברסיטה העברית בירושלים להפרה ישירה של סטודנטים ששכפלו ספר ומכרו אותו בקמפוס במסגרת מקראה. בפסק הדין אומצה הדוקטרינה של אחריות תורמת ישירות מתוך פקודת הנוזיקין.³⁶ השופט ריבלין הכיר בדוקטרינה, בהתקיים הפרה ישירה; ידיעה על ההפרה בפועל (אין די בידיעה קונסטרוקטיבית, אולם די בידיעה על פעילות מפרה, ואין נדרשת ידיעה על כל הפרה קונקרטית); וקיומה של תרומה משמעותית וממשית לביצוע ההפרה.³⁷ יסוד הקשר הסיבתי פורש בהפשטה, ונקבע כי די בכך שיהיה לגורם הביניים חלק אינטגרלי ומשמעותי בשרשרת האירועים שהובילה להפרה.³⁸ יישום מבחנים אלו הוביל את השופט ריבלין למסקנה כי אין להטיל אחריות תורמת על האוניברסיטה, מאחר שלא פעלה אקטיבית לעידוד מעשה ההפרה. בפסק הדין רוטר נט.³⁹ עמדה שאלת היקף אחריותם של פורומים בתשלום בפלטפורמה השתתפותית שהיו מוקד להורדות קבצים אשר הפרו זכויות יוצרים ("קבצים מפרים").⁴⁰ הפורומים נקראו "הורדות" (downloads) ו"סרטים", והועלו אליהם קישורים לאתרים שבהם משתמש יכול לטעון למחשבו קבצים מפרים. בעלי זכויות היוצרים טענו כי בעל הפלטפורמה, אחראי להפרה תורמת.⁴¹ פסק הדין יישם את שלושת התנאים שהותוו בעניין שוקן (הפרת דין ישירה, מודעות להפרה ותרומה משמעותית לביצועה).⁴² נקבע כי ככלל, האתר אינו אחראי לתרומה להפרה אלא לאחר שנמסרה לו הודעה על הפרת

³⁵ פלונים נ' הרשות הפלסטינית פס' 17 לפסק דינו של הש' עמית

³⁶ ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ (פורסם בנבו, 20.6.2011), פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] סעיף 12: "המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתח למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשר אותם, יהא חב עליהם".

³⁷ שוקן, שם פס' 23 לפסק דינו של הש' ריבלין. ראו גם ת"א 23337-08-15 צ'רלטון בע"מ נ' אלבו פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.3.2017); לביא, אחריות מתוכי תוכן, ה"ש 2 עמ' 144.

³⁸ שוקן שם, פס' 26 לפסק הדין: "באשר למעורבותו של גורם הביניים בשרשרת האירועים שהובילה להפרה, אין הכרח שיתקיים קשר סיבתי (במובנו הצר) בין פעולתו לבין ביצוע העולה, במובן של 'תנאי בלעדיו אין'. ... אלא די בכך שהיה לו חלק אינטגרלי ומשמעותי בשרשרת האירועים שהובילה אליה". להרחבה פישמן אפורי—אחריות תורמת, ה"ש 19, בעמ' 44.

³⁹ ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ' רוטר. נט בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 8.8.2011)

⁴⁰ ראו סעיף 11 לחוק זכויות יוצרים-תשס"ח 2007, אשר מתאר את השימושים המהווים זכויות יוצרים (לדוגמה, העמדה לרשות הציבור, אשר כוללת העלאה לאתר אינטרנט) ראו סעיף 47 לחוק לפיו "עושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר לעשות פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד'".

⁴¹ שוקן לעיל ה"ש 36, בפס' 20.

⁴² עניין רוטר. נט, ה"ש 39 שם, בפס' 40.

זכויות יוצרים והוא לא פעל להסרת התכנים. מקל וחומר לא תחול אחריות כאשר ההפרה מבוצעת באתר אחר שאינו בשליטתו.⁴³ אולם נקבע כי לכלל זה חריגים שבהם יש להפסיק לחלוטין פעילות מפרה של צד שלישי המתבצעת באתר, אחרת תוטל אחריות תורמת גם בהיעדר מודעות בפועל להפרה קונקרטית. ראשית, חריג העידוד: אתר המעודד הפצת תכנים וקישורים מפרים יכול למצוא עצמו אחראי להפרה תורמת מאחר שפעילותו מביאה להתקיימות תנאי המודעות והתרומה המהותית. לעניין זה קבע בית המשפט כי יש לתת את הדעת למכלול הנסיבות, ובכלל זה שם הפורום, דרך שיווקו לציבור, ההנחיות שניתנו לגולשים בתקנון ובמסגרת הפורום, ההודעות שפורסמו מטעם מפעיל הפורום, הצהרותיו הפומביות של בעל האתר וכיוצא באלה.⁴⁴

שנית, חריג הפורום הפסול שמוקדש רובו ככולו להצבת קישורים לאתרים מפרים.⁴⁵ הקביעה אם פורום פסול התבססה על בחינה בדיעבד של מספר הקישורים המפרים שהעלו משתמשים יחסית לכלל הקישורים בפורום ועל השאלה אם מדובר בפורום פתוח או סגור. לפי הניתוח, האתר נמצא פטור מאחריות.⁴⁶

בפסיקה מאוחרת יותר, בעניין **אן.אם.סי נ' Bloomberg**, החיל בית המשפט המחוזי את חריג העידוד. באותו עניין אפשר האתר Unidown האזנה ליצירות מאתרים אחרים והיווה פלטפורמה מפרה ל"הורדת" יצירות מוגנות למחשב האישי.⁴⁷ בעלי זכויות היוצרים תבעו את היזם שהקים את האתר ופיתח את הטכנולוגיה ואת החברה שרכשה אותו והמשיכה להפעילו בגין הפרת זכויותיהם ביצירות. נתבקש צו מניעה קבוע המורה ליזם ולמפעילת האתר לסגור אותו ולפצות את בעלי הזכויות.⁴⁸ נקבע כי הצבת שירות ההאזנה הישירה, המקושר לתוכני המדיה הקיימים ב-Youtube, לצד שירות ההורדה המשעתק ומשכפל את היצירות המוגנות, משדל את משתמשי אתר Unidown להוריד תכנים מפרים.⁴⁹ מאחר שהאתר עודד את משתמשיו להשתתף השתתפות פעילה בהפרה, האתר אחראי להפרה תורמת.⁵⁰

⁴³ עניין **רוטר.נט**, ה"ש 39, פס' 54 לפסק הדין, שם נקבע כי לא קמה אחריות תורמת לקישור לתוכן מפר אלא לאחר שהמתווך קיבל הודעה בעניינו ולא פעל להסרתו. ראו גם לביא, **אחריות מתוכני תוכן**, ה"ש 2 עמ' 156.

⁴⁴ עניין **רוטר.נט**, ה"ש 39 פס' 56.

⁴⁵ עניין **רוטר.נט**, ה"ש 39 פס' 57. נקבע כי כדי לקבוע אם פורום הוא פסול יש לבחון את היקף הפעילות המפרה. החריג מבקש לקבוע אחריות בהסתמך על מצב שנבחן בדיעבד ולא לכתחילה.

⁴⁶ האומדן שהוצע נוגע לאופי הפורום כפתוח או סגור ולשיעור הקישורים המפרים. פורום סגור, שלפחות רבע מהקישורים מפרים, או פורום פתוח, שבו מחצית הקישורים מפרים. עניין **רוטר.נט**, ה"ש 39 פס' 58–61. לביקורת ראו פישמן אפורי—אחריות תורמת, ה"ש 19, שם בעמ' 5.

⁴⁷ ראו ת"א 33227-11-13 **אן.אם.סי. יונייטד אנטרטיינמנט נ' פרפורי, Bloomberg** פס' 37-35 (פורסם בנבו, 12.5.2015), לביא, **אחריות מתוכני תוכן**, ה"ש 2 עמ' 157.

⁴⁸ במהלך הדיון התברר כי קיים קשר ממשי בין היזם למפעילת האתר של Unidown, ויש לראות בו "מפעיל צללים". ראו **אן אם סי**, ה"ש 47, שם בפס' 43.

⁴⁹ ראו **אן אם סי**, שם פס' 51.

⁵⁰ שם, פס' 55–60.

ב. שידול כעניין של השפעה על הקשר זרימות מידע

פרטים הם אוטונומיים ויש להם בחירה באשר להחלטה האם לפרסם לשון הרע או להימנע מהוצאת דיבה.⁵¹ לנוכח חופש הבחירה הנתון לפרט באשר לפרסומים שהוא מפרסם, ככלל כאשר המשדל לא היה שותף לעוולה הישירה כמעוול במשותף הפסיקה הטילה אחריות לשידול רק במקרים נדירים. אולם אם נתבונן מקרוב על מקרים אלו ניוכח שהמשותף להם היה יכולת השפעה חזקה של המשדל על המשודל. פרטים שהם ככלל אוטונומיים לקבל החלטות עצמאיות, הושפעו מהמשדל, בעצמה כה חזקה, כך שאפשר לטעון כי דרגת ההשפעה פגעה באוטונומיה של הפרט להחלטה עצמאית, חתרה תחת חופש הבחירה והאוטונומיה של הפרט במידה ניכרת, והובילה אותו לפרסם לשון הרע שלא היה מפרסם לולא השפעה זו. עוצמת ההשפעה שהתערבה בתהליך קבלת ההחלטות תקפה במקרים שצוינו (מצג שווא, יחסים לא שוויוניים וניצול מצב המשודל, ויצירת תשתית להפרה): ראשית, כאשר למצג שווא, המצג הוא מניפולציה על התודעה בהיעדר שקיפות,⁵² שהיתה לו השפעה שהובילה לנטילת זכות ששייכת לאחר.⁵³ אף שההנחה היא שהפרט הוא אוטונומי לקבל את החלטותיו, הדין הכיר בסוגים מסוימים של השפעות על המסר כמניפולציה אסורה המבוססת על שקר והונאה כברי אחריות, שמאפשרים סטייה מהנחת האוטונומיה של הפרט.⁵⁴ פרקטיקות שיסודן בשקר, או בהונאה, אף הוגדרו לאחרונה בספרות כסוג של גניבה.⁵⁵ שנית, כאשר לאחריות לשידול בהתקיים יחסי כוחות לא שוויוניים, מתקיים ניצול של מצבו הפגיע של המשודל, הרגיש להשפעה ביודעין, כאשר פערי הכוחות וניצול המצב מאפשרים סטייה מהנחת האוטונומיה.⁵⁶ שלישית, כאשר לשידול להפרת זכויות יוצרים על ידי אתר אינטרנט, האתר יצר תשתית מרכזית שהיוותה סביבת תקשורת שעודדה את ביצוע

ראו תא (ח"י) 15972/03 אלקובי נ' וולדורסקי (פורסם בנוב, 27.12.05).

CASS SUNSTEIN: THE ETHICS OF INFLUENCE –GOVERNMENT IN THE AGE OF BEHAVIORAL SCIENCE 82 (2016); Cass R. Sunstein, *Fifty Shades of Manipulation*, 1 J. MARKETING BEHAV. 213 (2015). "to the extent it does

MARKETING BEHAV. 213 (2015). *(not sufficiently engage with their capacity for reflection and deliberation*

נציין כי הספרות עסקה בהרחבה בנושא המניפולציה וקיימות מספר הגדרות. להרחבה ודיון בגוונים שונים של הגדרות המונח מניפולציה ראו Ryan Calo, *Digital Market Manipulation*, 82 GEO. WASH. L. REV. 995(2014); Shaun B. Spencer, *The Problem of Online Manipulation* 2020 U. ILL. L. REV. 959, 977(2020); Daniel Susser, Beate Roessler & Helen Nissenbaum, *Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World*, 4 GEO. L. TECH. REV. 1, 25–26,22 (2019).

ע"א 377/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"ח(3)337(1984), ע"א 3024/10 ויינר נ' מויאל פס' 29 לפסק הדין (פורסם בנוב, 2.4.2013).

Tal Z. Zarsky, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, 20 THEORETICAL INQUIRIES L. 157 (2019).

Cass R. Sunstein., *Manipulation As Theft* (July 4, 2021). <https://ssrn.com/abstract=3880048>

תמש (י-ם) 22158/97 מ' ט' נ' מ' ט' (פורסם בנוב, 16.8.11) (המשודל היה חסוי שאינו פסול דין).

51

52

53

54

55

56

העוולה הישירה. היות האתר צומת מרכזי ברשת השפיעה על הקשר הסיטואציה והשפעה זו אפשרה את ההכרה בהשפעה על המשתמשים שחתרה תחת האוטונומיה שלהם.⁵⁷ מחקרים רבים מתחום הפסיכולוגיה עמדו על ההשפעה המכוננת של הקשר. שינוי הקשר, המקיף את הסיטואציה, אף אם צנוע, עשוי להשפיע רבות על התנהגות פרטים, אף יותר מתכונותיהם הפנימיות.⁵⁸ הספרות התייחסה לשלושה גורמים עיקריים כמשפיעים על ההקשר ועל אופי זרימות מידע עליהם הרחבתי במחקר קודם:⁵⁹ המסר ואיך שהוא מוצג, מבנים חברתיים וקבוצות התייחסות, המהווים את הקשר הסיטואציה ומשפיעים על זרימות מידע ומסרים אף יותר מהאופי האינדיבידואלי של הפרטים המרכיבים אותה, ואף מקור המסר אשר פונים אליו לעצה/ המשפיע/ משיא עצות לאחרים/ משמש מודל לחיקוי.⁶⁰ הראיתי כי פסיקה בסוגיה של שידול התייחסה כאמור להצגה מטעה של המסר, שהיא למעשה השפעה על הקשר המסר, כמעשה שהוביל להשפעה מוגברת ואפשרה הכרה באחריות לשידול. כמו כן, הראיתי כי ניצול של קהל יעד פגיע למסר יכולה להוביל לאחריות. נוסף על זה, הראיתי כי בתחום של זכויות יוצרים, הלכה למעשה, הכירו בתי המשפט באופן עיצוב סביבת התקשורת כגורם משפיע על הקשר הרשת החברתית והסיטואציה, וכאשר עיצוב זה עודד הפרות, אפשרו להטיל אחריות לשידול להפרות זכויות יוצרים. החלק שלפנינו יפנה זרקור להשפעה של הקשר מקור המסר. הוא יתאר את התופעה של גורמים משפיענים שיש להם השפעה מוגברת על אחרים, ואף שככלל הפרט אוטונומי להחליט החלטות,⁶¹ כאשר הוא נתון להשפעת המשפיען השפעתו כה חזקה עד כדי כך שאפשר לטעון כי השפעה זו חותרת תחת האוטונומיה של הפרט ובחירתו החופשית במידה ניכרת שיכולה להצדיק הטלת אחריות על המשדל. חלק זה אף יבקש לטעון כי ברשתות חברתיות מקוונות קל יותר לזהות גורמים משפיענים ולברוק מתאם בין מעשיהם להשפעתם. לנוכח זאת, יטען כי במקרה של משפיעני רשת המשדלים לעוולה יש אפשרות להוכיח את קיום היסודות בבסיס השידול וראוי להכיר בהם כקטגוריה בה קיימת השפעה מוגברת ושידולם לביצוע עוולה הוא בר אחריות.

1. קצת על על מובילי דעה, משפיענים והשפעה ברשתות מקוונות

מקור המסר אשר משיא עצות לאחרים, משליך על דרגת ההשפעה ועל האופן בו המסר ייתפס. אין דומה השפעת המסר המופץ בידי בר סמכא, מוביל דעה או מודל לחיקוי, להשפעת מסר המופץ על ידי גורם אנונימי, או אף גורם מזוהה שאינו נתפס בר סמכא והוא שולי ברשת

⁵⁷ ת"א 33227-11-13 א.א.ס. יונייטד אנטרטיינמנט נ' פרפורי, **Bloomberg** פס' 37-35 (פורסם בנבו, 12.5.2015)

⁵⁸ הכותב הפופולארי מלקולם גלדוול, אשר מחקריו מצוטטים רבות במחקרים מדעיים, היטיב להציג נקודה זו, שהוכחה במחקריהם של חוקרים חשובים מתחום הפסיכולוגיה. מלקולם גלדוול: **נקודת המפנה - חשיבותם הגדולה של הדברים הקטנים** 173 (עפרה אביגד מתרגמת, 2001)

⁵⁹ מיכל לביא, הוצאה מהקשר, על אחריות מתווכים מקוונים להפצה משנית ולהשפעה על זמינות מידע, **מחקרי משפט** לא, 491, 498 (2018)

⁶⁰ להרחבה ראו לביא, הוצאה מהקשר, שם.

⁶¹ ראו לדוגמה, עניין **אלקובי נ' וולודרסקי**, ה"ש 18, פס' 36-35... הם לא ניסו לקשור עמו, ולא הוצמד אקדה לרקתו. לכן, הנתבע יכול היה שלא להוציא את דיבתו של התובע, היתה בידי הברירה לומר את הדברים או שלא לומר אותם – והוא בחר למסור את המידע ביוזמתו ומשיקוליו הוא.

החברתית. מיקומו של מעביר המסר ברשת הקשרים החברתית משפיעים על מעבר מידע. כאשר מסר מועבר על ידי גורם המקושר בקשרים חברתיים רחבים (רכזת חברתית, connector),⁶² משפיען או מוביל דעה (influential, opinion leader)⁶³ יש להם יכולת הגעה גבוהה לקהל, והשפעה על הרשת החברתית שלהם לדוגמה, באמצעות לחץ חברתי. למשפיענים אינטראקטיבי גבוהה עם התוכן ויכולת להפיץ מסרים ולפיכך, כאשר מסר עובר דרכם, גדל הסיכוי שיופץ בהרחבה,⁶⁴ ישפיע ויאומץ באופן נרחב, ואף יוביל לשינוי התנהגות.⁶⁵ כאשר מקור המסר הוא משפיען, הוא למעשה מהווה סוכן שינוי לכיוון הרצוי בעיניו.

ראשית הספרות בנושא משפיענים התפתחה עוד בשנות החמישים של המאה הקודמת. כן ולזרספלד בחנו השפעות על קבלת החלטות. מחקרם מצא כי פרטים מסוימים ברשת בולטים בהשפעה על קבלת החלטות, מאחר שהם שחקנים מרכזיים המהווים גורמים משפיענים ברשת החברתית.⁶⁶ ההשפעה יכולה לבוא לידי ביטוי בהקשר מסוים (לדוגמה, שיווק מוצרים, אופנה, סרטים או פוליטיקה) בו המשפיע מומחה, אולם ככל שהפרט יכול להשפיע ביותר נושאים הוא יכול להפוך למשפיע כללי, שהשפעתו אינה נקודתית לתחום מסוים.⁶⁷

בעבר קשה היה להעריך מי הם הגורמים המשפיענים המהווים מפתח לשינוי התנהגות ואף להתפשטות מידע.⁶⁸ בשל הקושי להעריך מיהו משפיען והאם התקיימה השפעה, אחריות לשידול היתה נדירה. אולם, כיום התפתחות הטכנולוגיה והמחקר מאפשרים לזהות ולאתר גורמים אלו ואף למדוד השפעה,⁶⁹ ומתפתחות אף יכולות לזיהוי אד-הוק לאחר שבוצעה עוולה. היכולת לאתר גורמים משפיענים ולאחר השפעה מקבלות משנה תוקף ברשתות

⁶² מיכל שור-עופרי **פופולריות ורשתות בדיני זכויות יוצרים** 39-42 (2011) מרחיבה על צמתים ברשתות שהם רכזת חברתית ועל תפקידם בהתפשטות רעיונות. ראו גם CHARLES KADUSHIN: UNDERSTANDING SOCIAL NETWORKS-THEORIES, CONCEPTS AND FINDINGS 145 (2011) חזקים רבים יכולים לא רק להעביר רעיונות אלא להביא להטמעתם.

⁶³ Sinan Aral, Dylan Walker, *Identifying Influential and Susceptible Members of Social Networks*, 337 SCIENCE no 6092, 337-341 (2012),

⁶⁴ על התפשטות רעיונות וחדשנות שיכולים להתחיל גם ממשפיען ראו מיכל לביא, התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות- הצעות לפעולה **חוקים** יג 57 (2020); EVERETT M ROGERS, DIFFUSION OF ; (2003) INNOVATION 139, 303, 343 ; שור-עופרי, ה"ש 62, שם

⁶⁵ Sinan Aral, *Commentary-Identifying Social Influence: A Comment on Opinion Leadership and Social Contagion in New Product Diffusion*, MARKETING SCIENCE.30(2) 1,2-3 (2011) כדי שפרט יחשב כמשפיע לא די בהצגת מסר לקבוצה או הפצתו ועל המשפיע להביא לשינוי התנהגות.

⁶⁶ ELIHU KATS AND PAUL LAZARFELD: PERSONAL INFLUENCE – THE PART PLAYED BY PEOPLE IN THE FLOW OF MASS COMMUNICATION 219 (1955))

⁶⁷ KATS & LAZARFELD, עמ' 73-78

⁶⁸ אלברט לסלו ברבאשי- **קישורים המדע החדש של רשתות** 183-189 (2004)

⁶⁹ Elizabeth Dubois, Devin Gaffney, *The Multiple Facets of Influence: Identifying Political Influentials and Opinion Leaders on Twitter*, 58 AMERICAN BEHAV. SCIENTIST 1260 (2014)

מקוונות. זאת מאחר שהמבנים החברתיים ברשתות מוצגים לרוב בגרף חברתי אשר ממפה את קשרי הגומלין ברשת. כך, הקשרים המקשרים כל פרט ופרט ברשתות אלו פעמים רבות נראים לכל. 70 עובדה זו מקלה את זיהוי גורמי המפתח ברשתות. לדוגמה, בתחום של שיווק, חוקרים עורכים מחקרים וניתוח שיטתי של רשתות כדי להשפיע על תפוצה והשפעה של מסרים ברשתות על ידי זיהוי הגורמים ה"משפיענים" וה-"מושפעים" ברשתות בוחנים מי הם גורמים אלו ובונים פרופיל שלהם, 71 כדי לאפשר אסטרטגיה להפצה ויראלית של מסרים דרך "משפיענים" להביא להגברת השפעת המסר ולמסחר את הגרף החברתי ביעילות. בתעשיית התוכן, נעשה שימוש נרחב בתובנות בדבר יצירת חוויית שכנוע בגרף חברתי שמאפשרות למקד השפעות במשפיענים בהקשר נתון ולהגביר את יעילות השפעת המסר. 72 כך, חברות פונות פעמים רבות לאנשים הנתפסים כמומחים, או פופולאריים שהם בעלי גוף משמעותי של עוקבים ברשתות החברתיות, ומציעות להם לשווק מוצרים. 73 האם ראוי שהיותו של פרט משפיען תוביל לאחריותו למעשיהם של אחרים? האם משפיענים דומים למתוכי תוכן שהוצע להכיר באחריותם להשפעתם על משתתפי הפלטפורמה לביצוע עולה?

70 ראו לביא, **אחריות מתוכי תוכן**, ה"ש 2 עמ' 58, – NET SMART :HOWARD RHEINGOLD HOW TO THRIVE ONLINE²⁰² (2012); Boonsri Dickinson, *So What The Heck Is The 'Social Graph' Facebook Keeps Talking About*, Insider (Mar. 3, 2012) <https://bit.ly/3TrLUrs>

71 ראו בהרחבה לעניין זה לביא, **אחריות מתוכי תוכן**, ה"ש 2 עמ' 57. מחקרים שנערכו על ידי חוקרים מהפקולטות לניהול באוני' ניו יורק ו-M.I.T, מתייחסים לזיהוי צמתים מרכזיים ברשתות, המשפיעים על הפצת מסרים ונקודות הרגישות להשפעה וממפים את מאפייניהם. Sinan Aral, Dylan Walker, *Identifying Influential and Susceptible Members of Social Networks*, 337 SCIENCE no 6092, 337-341 (2012), מחקרים Aral & Walker ערכו מחקר לבחינת פרופיל של משפיענים ו- מושפעים. המחקר נערך על מדגם של 1.3 מיליון משתמשי הרשת החברתית פייסבוק. נשלחו הודעות מאפליקציה מסחרית של פייסבוק, אשר מאפשרת לחלוק מידע על תעשיית הסרטים. נבחר משתמש רנדומלי ונשלחה לו הודעה על האפליקציה והוראות כיצד לאמצה. נבחנו דפוסים של אימוץ ספונטני לעומת אימוץ כתוצאה מהשפעה ברשת החברתית. הממצאים אפשרו לבנות פרופיל של פרטים "משפיענים" (influentials) ברשת החברתית וגורמים הרגישים להשפעה (susceptibles) ברשת. ראו גם Abhinav Anand et. al., *Influencer Marketing with Fake Followers* (Mar. 16, 2022). IIM Bangalore Research Paper No. 580, <https://ssrn.com/abstract=3306088> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3306088>

72 JOSEPH TUROW, THE DAILY YOU – HOW THE NEW ADVERTISING INDUSTRY IS DEFINING YOUR IDENTITY AND YOUR WORTH 138-154(2012) תיאור אינדיבידואלים במנוחים של מה היחסים שלהם אומרים עליהם מספק כוח למכירה, להם ולאחרים, מאפשר לאתר מטרות להפצת מוצרים ולנבא באיזו דרגה המסר שהם שולחים יביא להחזר ההשקעה בפרסום. תובנות אלו נמצאות בשירות תעשיית הפרסום הלכה למעשה.

73 שלומי אזולאי "כמה מרוויחים כוכבי האינסטגרם הישראליים?" **פורבס, ישראל** (1.9.2019) <https://bit.ly/384JHPr> יצוין כי בהיעדר גילוי באשר לתמורה שנתקבלה למשפיען בגין שיווק המוצר, או השירות מדובר בפרסום סמוי שהוא בניגוד לדין. ראו מירב קריסטל "היועמ"ש: פרסום של משפיענים באינסטגרם עלול להטעות" Ynet (21.1.2021) <https://www.ynet.co.il/home/0,7340,L-8,00.html>, להרחבה על פרסום סמוי ראו תהילה שוורץ אלטשולר, תובל צ'סלר, **אסדרת פרסום סמוי בתקשורת הישראלית**, מחקר מדיניות 105, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2014).

2. על היחס בין משפיענים למתווכי התוכן

במחקרים קודמים,⁷⁴ עסקתי בנושא משיק: אחריותם של מתווכי התוכן – בעלי אתרי אינטרנט, ופרטים שנטלו על עצמם תפקיד להפעיל זירות לביטוי ולהשתתפות הכלל.⁷⁵ טענתי כי ראוי להטיל עליהם אחריות לשידול בשל ההקשר שהם יוצרים לזירה שהם מנהלים. זאת באמצעות "דחיפות קלות" (nudges), קרי "כל היבט של בחירת ארכיטקטורה אשר מביאה לשינוי צפוי בהתנהגותם של אנשים בלי לאסור על בחירות מסוימות ובלי לשנות במידה ניכרת תמריצים כלכליים."⁷⁶ דחיפות קלות אלו יכולות להיווצר באמצעות ההגדרה הראשונית של סביבת הפעילות, ברירות המחדל בפלטפורמה האינטרנטית, ואף איתות למשתמשים במפורש או במשתמע על הפעילות הרצויה בפלטפורמה, לדוגמה באמצעות סממאות שונות שלמעשה משפיעות על זרימות מידע.⁷⁷ סוגיה זו לא נידונה בהרחבה מחוץ לדיני הקניין הרוחני,⁷⁸ אולם בערכאות הנמוכות קיימת פסיקה שהלכה בכיוון זה והטילה אחריות על מנהל קבוצת פייסבוק.⁷⁹ במחקרים קודמים כאמור, הצעתי כי ראוי להטיל אחריות לשידול על מתווכי תוכן הדוחפים משתמשים לבצע עוולה כאשר דרגת האיתות הדוחף לביצוע עוולה גבוהה ומתקיימת התוצאה של ביצוע עוולה.⁸⁰

בנקודה זו עולה השאלה האם ראוי לאמץ את המסקנות האמורות באשר למתווכי התוכן גם לגבי הפרט המשפיען? אפשר לטעון כי משפיענים שונים ממתווכים ועל השוני ביניהם להשליך על משקלן של ההצדקות להטיל עליהם אחריות לשידול. בחלק שלפנינו הרשימה תעמוד על ההבדלים העיקריים בין מתווכים למשפיענים כצעד ראשון לבחינת ההצדקות לאחריותם.

ראשית, המתווכים בחרו לקבל עליהם את ניהול הזירה ולתווך תוכן לכלל בכחירתם להפעיל זירה לביטוי, או לנהל אתר אינטרנט. היותם של המתווכים צומת מרכזי ומעמדם כצומת מרכזי הוא צפוי ונקבע מלמעלה, על ידי החלטה חיצונית לרשת החברתית – בחירתם לנהל את הזירה. בניגוד להם, מעמדם של המשפיענים מגיע מלמטה ונובע מהפופולריות לה

⁷⁴ לביא, *אחריות מתווכי תוכן*, ה"ש 2, פרק 5, Michal Lavi, *Evil Nudges*, 21 VAND. J. ENT. & TECH. L. 1 (2018)

⁷⁵ לעניין הרחבת הגדרת מתווכים לניהול זירות ציבוריות להשתתפות ראו ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים"

⁷⁶ בכיר השוק הוירטואלית "משפט וממשל" 381,399 (2003), לביא, הוצאה מהקשר, ה"ש 49 עמ' 494 RICHARD THALER, CASS R. SUNSTEIN, NUDGE – IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH AND HAPPINESS 10–11 (2008)

⁷⁷ לביא, *אחריות מתווכי תוכן*, ה"ש 2, עמ' 281

⁷⁸ ראו הדיון בחלק א. 2. לרשימה זו.

⁷⁹ ראו ת"א 14-02-15585 וויסבלט ואח' נ' נוי ואח' (פורסם בנבו, 24.5.2020) (הוטלה אחריות על מנהל קבוצה בשם "גם אני שונא את התימניה מהפונדק בנבי מוסא", אף שבעניין זה האחריות היתה לעוללת הרשלנות הפרסומי המשתמשים ולא לשידול נראה שהבסיס להחלטה הוא השפע מנהל הקבוצה על השיח) ראו פס' 4.5 (1) " יודגש כי לא הקמת קבוצת הפייסבוק כשלעצמה היא זו שמביאה את החבות לפתחו של הנתבע, אלא העובדה שקבוצת הפייסבוק מלכתחילה לא נפתחה כקבוצה תמימה בה שיתוף חברתי של חוויות אלא כותרת מהווה מעין שלט הקורא להכפשה. לגופם של דברים, עיון כותרת קבוצה מספר 1 מעלה כי הכותרת שניתנה לקבוצה מגדירה את המסגרת לתוכן הדברים שיופיעו בקבוצה וסוללת את דרכו של חבר הקבוצה להתבטא בצורה דומה עד וזהה."

⁸⁰ לביא, *אחריות מתווכי תוכן*, ה"ש 2, פרק חמישי

זכו ברשת החברתית. בשונה ממתווכים, משפיענים לא בחרו ליטול על עצמם את תפקיד המתווך וגם הפופולריות לה הם זוכים אינה ניתנת לצפייה.⁸¹ שנית, אף שכל אדם פרטי יכול להקים אתר אינטרנט, לקדם בו מטרות אישיות ולאפשר בו השתתפות לכלל, פלטפורמות רבות דוגמת רשתות חברתיות, הן במקרים רבים גופים מוסדיים בעלי אמצעים כספיים מרובים, אשר מאוגדים פורמלית כחברה ומונעים משיקולים מסחריים.⁸² המשפיען הוא לרוב אדם יחיד ואינו גוף מאוגד או מוסדי. השוני בין הפלטפורמות המוסדיות לפרט המשפיען בא לידי ביטוי במספר מישורים, הראשון הוא אופי הביטוי שפלטפורמות יוצרות לעומת הביטוי של המשפיען. פלטפורמות משדלות לעולה בעיקר באמצעות סיסמאות, שם הפלטפורמה, ברירות מחדל, המלצות אלגוריתמיות החוזרות על תוכני אחרים, או פרסומות.⁸³ אפשר לטעון שפעולות אלו הן כלי פונקציונלי, והן למעשה התנהגות בשוק המסחר אשר משתמשת בביטוי ומטרתה להביא להגברת האינטראקציה בין המשתמשים, להגביר את שימושיות הפלטפורמה ולמקד פרסומות ביעילות, ולא ביטוי שהוא חלק אינטגרלי לדיון ומהווה את ליבת שוק הרעיונות.⁸⁴ אולם אפשר לטעון כי השפעות אלו בעיצוב הפלטפורמה וההמלצות האלגוריתמיות, הן מעבר לכלי פונקציונלי והן ביטוי של רעיונות המתווך, או עצה למשתמש.⁸⁵ מלומדים הכירו בהמלצות אלגוריתמיות שהן "ביטוי מכונה" כנכללות בגדרי הזכות לחופש הביטוי,⁸⁶ וסברו

⁸¹ הפופולריות של "מובילי דעה" נובעת מן הרשת החברתית והנה תוצר שלה, אולם קשה לחזות מראש אם אדם יזכה להצלחה. בהקשר משיק לעניין השפעת הרשת החברתית על פופולריות ראו מיכל שור-עופרי **פופולריות ורשתות ביני זכויות יוצרים** 39-42 (2011); מיכל שור-עופרי "קניין רוחני ותאוריה של מורכבות" **קניין רוחני: עיונים בינתחומיים** 75, 67 (ליאור זמר ומרים מרקוביץ-ביטון עורכים) (2015) (המחברת מתייחסת להגנה על המצליחים והמפורסמים ומציינת כי התהליך היוצר פרסום והצלחה כולל מרכיב אינהרנטי של חוסר צפיות, ולכן ראוי לחשוב מחדש על הגנה זו), לביא, הוצאה מהקשר ה"ש 59, עמ' 495.

⁸² לדוגמה, פייסבוק מטא (Meta Platforms Inc.) היא חברה ציבורית רב לאומית ראו **Introducing Meta: A Social Technology Company**, META (Oct. 28, 2021) <https://about.fb.com/news/2021/10/facebook-company-is-now-meta>, גוגל הינה חלק מחברת האחזקות אלפאבית ראו אלפאבית, Google Finance, <https://www.google.com/finance/quote/GOOGL:NASDAQ>; טוויטר היא חברה אמריקנית הנסחרת בבורסה ראו: Wikipedia, Twitter Inc. https://en.wikipedia.org/wiki/Twitter,_Inc.#Stock_launch_and_tax_issues

⁸³ להרחבה ראו Lavi, *Evil Nudges*, ה"ש 74

⁸⁴ Dennis D. Hirsch, *From Individual Control to Social Protection: New Paradigms for Privacy Law in the Age of Predictive Analytics*, 79 MD. L. REV. 439, 481 (2020); Michal Lavi, *Targeting Exceptions*, 32 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 65, 83 (2021)

⁸⁵ Tim Wu, *Machine Speech*, 161 U. PA. L. REV. 1495, 1524 ראו

Michal Lavi, *Do Platforms Kill?* 43 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 477, 532 (2020); James Grimmelman, *Speech Engines*, 98 MINN. L. REV. 868, 874 (2014).

⁸⁶ 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); Julie E. Cohen, *Tailoring Election Regulation: The Platform Is the Frame*, 4 GEO. L. TECH. REV. 641(2020) ("[A]lthough one might wonder whether the data-driven, algorithmic activities that enable and invite such manipulation ought to count as protected speech

כי אפילו חזרה על ביטוי במסגרת פרסום ממוקד היא ביטוי מוגן במסגרת הזכות לחופש ביטוי.⁸⁷ אולם, אף אם עיצוב הפלטפורמה והמלצות אלגוריתמיות המכוונות להשפעה על המשתמשים הם ביטוי שהוא מעבר לכלי פונקציונלי, ביטוי זה אינו בליבת חופש הביטוי. במקרים רבים מטרתו העיקרית של ביטוי זה היא מסחרית: לקדם את רווחי הפלטפורמה. לפיכך, המוקד בבחינת הזכות לחופש באשר לביטוי מסוג זה אינו זכותו של הדובר לחופש ביטוי, אלא זכות קהל היעד למידע. זכות הפלטפורמות המתווכות עצמן לחופש הביטוי בהקשר זה אפוא חלשה יותר.⁸⁸ מבחינת קהל היעד, ביטוי מסחרי מסוג זה, לא תמיד מספק לקהל מידע אובייקטיבי ולכן אינו בליבת קידום הזכות למידע.⁸⁹ באשר לביטוי אלגוריתמי, שהוא כאמור ביטוי מכונה, יש אף שסברו שהגנה רחבה לביטויים אלו היא מרחיקת לכת.⁹⁰ יתרה מזאת, לאחרונה, בפסק דין של המשפט העליון בישראל, סבר השופט מלצר שישויות בינה מלאכותית שיוצרות ביטוי, אינן נהנות מזכויות אדם כלל.⁹¹

בשונה ממתווכי תוכן, משפיענים מפרסמים סוגים שונים של תוכן שכולל פעמים רבות תוכן פובליציסטי ואקטואלי שהוא בליבת חופש הביטוי. הם אף מביעים דעה בנושאים שמעניינים את הציבור ומובילים דעה. אף שגם כוכבי רשת שונים יוצרים לעתים שיתופי פעולה מסחריים, זו אינה ליבת פעילותם ולרוב זו אינה מטרתם העיקרית.⁹²

הבדל נוסף בין משפיענים למתווכים נוגע לשכחותם של משפיענים לעומת מתווכי תוכן. כדי לתווך תוכן מקוון באמצעות פלטפורמה מקוונת יש להקים אתר אינטרנט, הקמה שכרוכה בעלויות. בשונה מזה, בעידן הדיגיטלי אדם יכול לצלם כמה סרטונים שזוכים לתהודה ולהפוך לכוכב רשת שיש לו השפעה נישתית, והוא אינו נדרש ליצירת תשתית טכנית. הוא אף אינו נדרש לקחת על עצמו ניהול שוטף של זירה, אלא מנהל שיח עם עוקביו לפי רצונו

at all, the Court's emerging jurisprudence about the baseline coverage of constitutional protection for speech seems poised to sweep many such information processing activities within the First Amendment's ambit").

Lawrence Lessig, *The First Amendment Does Not Protect Replicants*, in SOCIAL MEDIA AND DEMOCRACY (Lee Bollinger & Geoffrey Stone, eds., forthcoming, 2022) (at 13) available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3922565

Helen Norton, *Powerful Speakers and Their Listeners*, 90 COLO. L REV. 441(2019); Felix T. Wu, *Commercial Speech Protection as Consumer Protection*, 90 COLO. L REV. 631,634(2019)([T]he Supreme Court has long said that "the extension of First Amendment protection to commercial speech is justified principally by the value to consumers of the information such speech provides.")

Alexander Tthesis, *Marketplace of Ideas, Privacy, and Digital Audiences*, NOTRE DAME L REV. 1585,1613(2019).

FRANK PASQUALE: NEW LAWS OF ROBOTICS: DEFENDING HUMAN EXPERTISE IN THE AGE OF AI 109(2020) ("Free speech protections are for people, and only secondarily (if at all) for software, algorithms, and artificial intelligence.")

ראו בג"ץ 7846/19 עראלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר פס' 31 לפסה"ד (פורסם בנבו, 12.4.2021) ("אין זכויות אדם ליצגנים ולרובוטים, מה גם שחלק מאותם רובוטים אפילו לא מופעלים על - ידי בני אנוש מאחוריהם, אלא על - ידי אינטליגנציה מלאכותית").

הדס בשן" מאנה זק ועד אלן כהן, כוכבות הרשת שמשנות את הכללים" את (30.1.2018) <https://bit.ly/3JVeg8T>

וכדי לקדם את המוניטין שלו. הבדל זה מוביל לכך שבעידן הדיגיטלי קיימים יותר משפיענים ממתוכי תוכן, ואף שיש אתרי אינטרנט רבים, נראה כי מספר המשפיענים עולה עליהם.⁹³ נוסף על זה, מאחר שמתוכי תוכן רבים הם גופים מוסדיים, הם שונים ממשפיענים פרטים אינדיבידואליים בפרמטר שני: **היותם של מתווכים "כיס עמוק"**.⁹⁴ מאפיין זה משליך על יכולתם לשאת בנזקים שנגרמים כתוצאה משידול לעוולה על ידיהם. לעומת זאת, יכולתם של משפיענים אינדיבידואליים פרטיים שברשותם בדרך כלל פחות אמצעים לשאת בעלויות פיצויים מוגבלת יותר. מתווכים מוסדיים אף יכולים לשאת בעלויות המינהליות במקרה של תביעה שתוגש נגדם מבלי לצאת מהשוק. לעומתם, חלק גדול מן המשפיענים שיאלצו לשאת בעלויות ניהול תביעות נגדם, עלולים להפסיק לפעול במרחב המקוון כמובילי דעה, מחשש לתביעות רבות שיובילות להפסד כספי נכבד. החשש מעלויות ניהול תביעה ופיצוי יוביל אף לאפקט מצנן ולפגיעה נרחבת בחופש הביטוי.⁹⁵

הבדל נוסף בין מתווכים למשפיענים הוא **דרגת חומרת השידול על ידם**. אפשר לטעון כי לאור השוני בפערי הכוחות בין המתווך לנפגע לעומת פערי הכוחות בין המשפיען לנפגע, לפגיעתם של המתווכים בשמו הטוב של אדם חומרה גבוהה יותר ביחס לפגיעת המשפיען המשדל את עוקביו לפרסם לשון הרע. אף שפערי כוחות מתקיימים גם בין המשפיען לאינדיבידואל מן השורה, בתלות בפופולריות המשפיען הפרטיקולרי,⁹⁶ כאשר מדובר במתווך תוכן אשר נוסף לשידול שהוא יוצר הוא גם מכתיב לכתחילה את תנאי השימוש ו"מושל בביטוי" בפלטפורמה בבעלותו, מתקיים פער גדול ביחסי הכוחות בינו לבין הנפגע.⁹⁷ בשונה מזה, כוחו של הפרט המשפיען מוגבלת יותר וממוקדת בקהל עוקביו, כך פערי הכוחות לרוב קטנים יותר. יצוין כי גם בין המשפיען הפועל בפלטפורמת רשת חברתית למתווך קיימים פערי כוחות והשפעת המשפיען תלויה במידה רבה בקיום רשת חברתית, בה משתמשים פרטים רבים ועובדה זו מגבירה את התועלת למשפיען מהשימוש והערך שהוא מפיק ממנה.⁹⁸ נוסף על זה, בשונה מהמתווך שמנהל את הפלטפורמה, המשפיען עצמו כפוף לתנאי השימוש וכללי הקהילה ויכול להיחסם בידי המתווך.⁹⁹ ככל שהתובע מוחלש יותר

⁹³ על כוכבי רשת ראו לדוגמה היאלי יעקובי הנדלסמן, "כך הפכנו לכוכבי רשת" **ישראל היום** (10.1.2019) <https://www.israelhayom.co.il/article/623419>

⁹⁴ ראו ישראל גלעד **גבולות האחריות** 116 (2012);

⁹⁵ הרשימה תתייחס בהרחבה לפגיעה בגיוון בשוק הרעיונות כתוצאה מאפקט מצנן כהיבט של יעילות בחלק ד' לרשימה זו.

⁹⁶ ראו ת"א (שלום פתח תקוה) 17-02-47698 **כהן נ' אליאסי**, פס"11 לפסה"ד (פורסם בנוב, 2020.10.11) ("ברי, כי היותו של המפרסם "מוביל דעה" עלולה להעצים את השפלת מושא הפרסום, ולהגביר את הסיכון של פגיעה לא מידתית כאמור. כל זאת, בפרט כאשר עסקינן כבעניינו במצב של **פערי כוחות** מהותיים בין "מוביל הדעה" לבין מושא הפרסום שהוא אדם פרטי, שעמדותיו אינן מעוררות עניין ציבורי של ממש ואין להן משקל של ממש בציבוריות, ובהתאם הטעמים שביסוד חופש הביטוי כלפיו אינם מתקיימים במלוא עוזם.")

⁹⁷ ראו להרחבה בעניין זה Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules and* *Online, Speech*, 131 HARV.L.REV. 1598 (2018) *Processes Governing*

⁹⁸ Pin Luarn et. al, *The Network Effect on Information Dissemination on Social Network Sites*, 37 COMPUTERS IN HUM. BEHAV. 1(2014)

⁹⁹ ראו דנה גוטרוון, אושיית הרשת יבגני זרובינסקי נחסם לחודש מפייסבוק, Mako, (29.11.2021) <https://www.mako.co.il/nexter-news/Article-74cd6bf5b0c6d71027.htm>

לעומת הנתבע וקיימים פערי כוחות גדולים, העמדתו בסיכון סבירה פחות וגורמת לו להפסד תועלת רבה יותר.¹⁰⁰

בשונה מהמשפיענים, המתווכים מעצבים את הארכיטקטורה של הרשת באמצעות בחירת ארכיטקטורה, שכוללת הגדרה של שם הזירה, ברירות מחדל, שאף יכולות להיות מותאמות פרסונלית,¹⁰¹ וסמאות המעודדות לבצע עוולה הקיימות כל הזמן באתר.¹⁰² הן אף יכולות לכלול פרסום ממוקד של תכנים שאפשר שיכלול דיבה.¹⁰³ כך, במישור היקף הסיכונים שהם כופים על הנפגעים, אפשר לטעון כי פלטפורמות המשדלות את משתמשיהן לפרסם לשון הרע כופות סיכונים רחבים על הנפגעים. לעומת זאת, יכולות המשפיען להשפיע מוגבלות יותר מאחר שהוא אינו מעצב את הארכיטקטורה של זירת הביטוי, אלא יוצר עידוד מילולי לביצוע עוולה באופן נקודתי לדיון.

אולם, מאידך אפשר לטעון כי בהקשרים מסוימים בעידן הרשתות החברתיות המשפיען יכול להשפיע אף יותר ממתווך התוכן. למשפיען יכולים להיות מאות אלפי עוקבים ובכוחו להשפיע על הדיון מבפנים כשותף לדיון אשר מגיב פרסונלית לעוקביו. השפעה זו מותאמת לפי הדיון ותוכן השיח, ויכולה לעלות בהשפעתה על בחירות של עיצוב הזירה דוגמת שם האתר ובחירה של סמאות. זאת מאחר שהמשפיען למעשה יוצר סביבת תקשורת לביטוי. כמו כן, אף שהמשפיען אינו משפיע על הפרטים המשתתפים בשיח באמצעות שם הזירה, פעמים רבות דעותיו בנושאים שונים ידועות,¹⁰⁴ וגם השיח הנרקם סביבו כולל פרטים רבים עם מאפיינים ודעות דומות. כך, למעשה נוצר מוקד סביב המשפיען מלמטה, ברשת החברתית, ומוקד זה כולל בעיקר בעלי אמונה ראשונית דומה בעניין בו מתנהל הדיון. תוצאה זו של התקבצות פרטים בעלי השקפה דומה, עשויה להגביר מפלי ידע ומפלי מוניטין¹⁰⁵ ולהוביל לקיצוניות בקרב המשתתפים במידה דומה להשפעת הגדרה מוקדמת של שם הזירה בידי מתווכי התוכן, ואף לעלות עליה.

שאלת הזיהוי אף היא מבדילה בין מתווכים למשפיענים. קל לזהות מתווכים מעצם הקמת פלטפורמה אינטרנטית בידיהם, או ניהול זירה מקוונת. בשונה מזה, לא תמיד קל להבחין בין משפיענים לבין כל פרט אחר ברשת החברתית, ובעידן של כוכבי רשת המתאפייני בשכיחות

¹⁰⁰ ראו לעניין פערי כוחות ואחריות צחי קרן פז"האם האדם הסביר הוא האדם היעיל? ניתוח מבחן ההתרשלות הנזיקי במשקפי משפט וכלכלה" **מחקרי משפט** 793,836 (2007)

¹⁰¹ ראו ליאור סטרכילביץ', אריאל פורת "פרסונליזציה של חובות גילוי וברורות מחדל בעידן נתוני העתק (big data)" **עיוני משפט** מב 342 (2020)

¹⁰² לדוגמה, האתר JuicyCampus.com, שהתקיים בעשור הקודם חרט על דגלו את הסממה "Keep it Juicy" להרחבה ראו לביא, **אחריות מתווכי תוכן**, ה"ש 2, עמ' 101. Eliot Grover, *Remembering Juicy Campus, The Cyberbullying Hub That Briefly Ruled American University Life*, InsideHook(Dec, 13, 2021) <https://www.insidehook.com/article/internet/juicy-campus-dark-history-anonymous-social-media-cyberbullying>

¹⁰³ Michal Lavi, *Targeting Exceptions*, 32 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 65 (2021), 87-93

¹⁰⁴ לדוגמה דעות בנושאים פוליטיים כמו במקרה של אליאסי.

¹⁰⁵ מפלי ידע הם תופעה בה פרטים נוטים ללכת בעקבות אלו שקדמו להם מתוך אמונה שדעתם נכונה, מפלי מוניטין הם תופעה לפיה פרטים נוטים ללכת בעקבות אלו שקדמו להם כדי לשמור על המוניטין שלהם. להרחבה על אמונה ראשונית, מפלים ראו CASS SUNSTEIN: LIARS: FALSEHOODS AND FREE SPEECH IN AN AGE OF DECEPTION 78-88(2021)

משפיענים, וכולל אף משפיענים נישתיים, היותו של פרט משפיען לא תמיד ברורה.¹⁰⁶ כמו כן, בעבר האפשרות למדוד את השפעת המשפיענים היתה מוגבלת. בשונה ממשפיענים, המתווכים הם צמתים מרכזיים ברשת החברתית מעצם ניהול הזירה ומאחר שנטלו על עצמם את תפקיד המתווך קל יותר להסיק מסקנות באשר להשפעתם.

אולם מאידך אפשר לטעון כי כיום אפשר אף לבחון את היסטוריה של אינטראקציות עבר של שחקנים ולערוך ניתוח שיטתי של פעילות ברשת החברתית, ניתוח שלא התאפשר לערוך בעילות לפני העידן הדיגיטלי.¹⁰⁷ אפשרויות התחקות ומדידה אלו פותחים את הדלת להטלת אחריות לשידול ללשון הרע ולעוולות פוטנציאליות אחרות שקשורות להשפעה על אחרים לבצע פעולה בניגוד לדין.¹⁰⁸ כאשר תוצאת ההשפעה באה לידי ביטוי במרחב המקוון עצמו, לדוגמה בסוגיות של שידול שהובילו את המושפע לפרסום לשון הרע, אפשר לאמוד את ההשפעות בקלות רבה יותר ביחס להשפעה שתוצאתה מחוץ למרחב המקוון כגון הסתה לטרור, שקשה יותר לקשור בינה לבין השיח המקוון.¹⁰⁹

לאור האמור לעיל, קיים שוני בין מתווכים למשפיענים במספר פרמטרים שיכולים להשליך על ההצדקות לאחריותם ועל השאלה האם זו רצויה נורמטיבית. יישום המסקנות באשר לאחריות מתווכי התוכן לשידול באשר למשפיענים אינו מובן מאליו ויש להביא בחשבון הבדלים אלו. הרשימה תתייחס לנקודה זו בבחינת השיקולים לאחריות משפיענים בחלק ד. אולם למרות ההבדלים שנסקרו, ראוי שתהא להיותו של פרט משפיען השלכות על אחריותו. השיקולים בדבר אחריות המתווך להשפעה יכולים לחול גם על משפיענים, אולם בשל השוני בין המתווך למשפיען בפרמטרים שנסקרו (מקור ההשפעה, אופי הביטוי שהם יוצרים, שכיחותם, שאלת היותם כים עמוק, חומרת הפגיעה שהם יוצרים, אופי ההשפעה, ושאלת זיהויים), נראה כי יש לתחום את האחריות ולנקוט משנה זהירות בהחלטה על הטלת אחריות על המשפיען לעומת ההחלטה להטיל אחריות על מתווך למעשי אחרים. כך, כפי שהרשימה תרחיב בהמשך, יש לבחון בזהירות מיהו משפיען ואף לנקוט משנה זהירות בבחינת משקלו של השידול והקשר הסיבתי בין השידול לתוצאה.¹¹⁰

לאחרונה, בעניין **דרוקר נ' אליאסי**,¹¹¹ הוטלה אחריות ישירה לשידול לעוולת לשון הרע על משפיען ברשתות אף שלא היה שותף לעוולה הישירה. פסק הדין סטה מהמגמה הכללית בדיני הנזיקין והדגים את השלכות כוחה של השפעה ומעמד המשפיען על דיני האחריות.

¹⁰⁶ ראו חלק ה.1 לרשימה זו

¹⁰⁷ Jane R. Bambauer, Saura Masconaley, and Simone M. Sepe, *Reckless Association*, HARV. J.L.&TECH (2022) ("network analysis of the centrality of each node will reveal the extent to which each member of an association assumed a position of authority in the actor's sphere of influence")(manuscript at 45).

¹⁰⁸ Bambauer et.al, *Reckless Association*, שם עמ' 41, הכותבים התייחסו לעוולה חדשה של הנהגת התאגדות רדיקלית ברשת שמבצעת מעשה אלימות מחוץ למרחב המקוון והציעו להכיר באחריות להנהגת התחברות זו (*Reckless Association*). בדומה לזה גם עבירות של הסתה לטרור הן עבירות של השפעה על אחרים לבצע מעשי טרור מחוץ למרחב המקוון.

¹⁰⁹ ראו לדוגמה Michal Lavi, *Do Platforms Kill?* 43 HARV. J.L & PUB. POL'Y 477, 489(2020).

¹¹⁰ ראו חלק ה. למאמר זה.

¹¹¹ ע"א 20-10-52301 **דרוקר נ' אליאסי ואח'** (פורסם בנבו, 23.1.2022), בקשת רשות ערעור נדחתה. ראו דרוקר-בר"ע עליון, ה"ש 8.

פסיקה זו באשר לאחריות משפיענים מיישמת למעשה את המסקנות באשר לאחריות מתווכים על משפיענים, ואף שלא הודגשה בו במפורש עוצמת השפעת השידול של המשפיען כשינוי הקשר שחותר תחת האוטונומיה של מבצעי העוולה, הרשימה תרחיב כיצד אפשר להסיק מההדגשים בפסק הדין כי השפעת המשפיען על ההקשר היוו את הבסיס להכרעת פסק הדין, והיבט זה ניצב כבסיס התאורטי של פסק הדין אף שלא נזכר בו במפורש. בחלק שלפנינו נסקור את גלגוליו של פסק הדין.

ג. גלגוליו של פסק דין דרוקר נ' אליאסי: אחריות משפיען להשפעה על ביצוע עוולה

האם ראוי שמשפיען ברשתות ששידל את עוקביו לפרסם לשון הרע יצא פטור בלא כלום, בעוד שהפרטים שהושפעו ממנו יחוייבו באחריות? או שמא ראוי להטיל אחריות לשידול ללשון הרע נגד המשפיען אף שלא פרסם בעצמו לשון הרע, אלא רק שידל את עוקביו בשל השפעתו על סביבת התקשורת. סוגיה זו נידונה בעניין דרוקר.¹¹² באותו עניין התובעת העלתה בדף פייסבוק פרטי דעות שהתייחסו לפרשת החייל אלמור אזריה שגיננו אותו, את משפחתו ואת התומכים בו ככינויי גנאי בוטים וקשים. בעקבות זאת, המוסיקאי יואב אליאסי המכונה "הצל" אשר נוהג להביע דעותיו בעניינים שעל סדר היום הציבורי, הזמין את עוקביו לדרג אותה דרוג שלילי בדף העסקי שלה כעוסקת בשירותי מזון, וכך כתב: "תכנסו לדף של נועה ותפרגנו באיזה תגובה מהלב ואיזה כוכב בודד שידעו איזה נשמה טובה עומדת מאחורי האוכל שהיא מוכרת."¹¹³ לחיצה על המילה "נועה" הובילה בדרך של קישור ("לינק") לדף העסקי של התובעת.¹¹⁴ סמוך לאחר מכן, גולשים רבים הביעו באתר של התובעת דעה שלילית על עסקה והעניקו לה את הדירוג הנמוך ביותר האפשרי – כוכב בודד מבין 5 כוכבים.¹¹⁵ לצד זאת, הביעו המשתמשים תגובות. לדוגמה "זוועה של אוכל", "איכסססס איזה אוכל, שילשתי שבוע... תזהרו להתקרב. גם הבן אדם שעומד מאחורי האוכל פשוט זוועת עולם !"¹¹⁶ זאת, אף שאיש מהם לא רכש מזון שהתובעת שיווקה. בסמוך לאחר שהחלו אותן ביקורות, סגרה התובעת את עמוד הפייסבוק שלה והגישה תביעה נגד אליאסי בשל שידול יתר הנתבעים להוצאת לשון הרע, אף שלא פרסם לשון הרע בעצמו, ונגד הפרטים שדרגו אותה דרוג שלילי ופרסמו את הביקורות ובכך הוציאו לשון הרע.¹¹⁷ לטענתה הנתבעים פרסמו עליה הודעות כוזבות הנחזות להיות "ביקורת" על פעילותה העסקית ולמעשה נועדו לבזותה

¹¹² ת"א 17-09-39830 דרוקר נ' אליאסי ואח' (פורסם בנבו 4.8.2020) (דרוקר- שלום) אשר נהפך ב- ע"א 20-10-52301 דרוקר נ' אליאסי ואח' (פורסם בנבו, 23.1.2022) (דרוקר – מחוזי), בקשת רשות ערעור נדחתה. ראו דרוקר- בר"ע עליון, ה"ש 8.

¹¹³ דרוקר- שלום, פס' 3 לפסה"ד.

¹¹⁴ דרוקר- מחוזי פס' 6.

¹¹⁵ דרוקר- שלום, פס' 4

¹¹⁶ דרוקר- שלום, פס' 15

¹¹⁷ דרוקר- שלום פס' 5. נציין כי התובעת אף תבעה את הרשת החברתית פייסבוק, שלא הסירה את הביקורות עקב תלונתה, בשל שליטת פייסבוק בחלופת המידע והמסרים ברשת החברתית שהיא מנהלת (דרוקר- שלום, פס' 12) וחלק זה של התביעה נדחה, אולם נושא האחריות השילוחית חורג מיריעת הרשימה ולא נדון בו. להרחבה ראו לביא, אחריות מתווכי תוכן, ה"ש 2, פרק 4.

ולהשפילה. באשר לאליאסי, טענה כי אף שלא פרסם בעצמו דברי ביקורת על פעילותה והקריאה לדרג אותה דרוג נמוך כשלעצמה, אינה אמירה המשפילה או מבזה אותה ולכן אינה לשון הרע,¹¹⁸ הוא קרא מפורשות לעוקביו לפרסם לשון הרע.¹¹⁹

1. הדיון בבית משפט השלום: אי הכרה בשידול כאשר המשדל לא ביצע עוולה, אי הכרה במעמד המשפיען לעניין שידול

במהלך בירור התביעה בבית משפט השלום התברר כי הנתבעים לא פגשו בתובעת לפני הפרסום, ולא רכשו ממנה מוצר מזון כלשהו, וביצעו את הפרסום בתגובה לדעותיה בעניין אלאור אזריה.¹²⁰ טענת הנתבעים כי הדרוגים והביקורות שכתבו הם ביקורות צרכניות נדחתה, מאחר שהחרגה בנסיבות מסוימות של ביקורות צרכניות מגדר לשון הרע אינה רלוונטיות מקום בו התברר שביסוד הפרסומים לא עמדו קבלת שירות או רכישה מבית העסק מושא הפרסום והם לא נועדו לאפשר שיח על אודות שירות, או עסקה מול בית עסק.¹²¹ נוסף על זה, נדחתה טענתם כי הביקורות הן תגובה לגיטימית לפוסט שהעלתה התובעת בפרופיל הפרטי, ונקבע כי הנתבעים פרסמו לשון הרע.¹²² באשר לאליאסי נקבע כי הזמנתו להגיב בפרופיל העסקי של התובעת אינה הוצאת לשון הרע כשלעצמה, מאחר שאין בפרסום אמירה המשפילה אותה או מבזה אותה.

באשר לטענה כי אליאסי שידל אחרים להוציא לשון הרע, שנטענה מאחר שיש לו קהל מעריצים שזכו לכינוי "האריות של הצל" שנרתמים לקיים את בקשותיו,¹²³ קבע השופט רונן אילן כי "לא בנקל תושט על נתבע אחריות למעשה עוולה שביצע אחר, אלא רק בנסיבות חריגות. נסיבות בהן נמצא שמבצע העוולה היה "ידו הארוכה" של הנתבע".¹²⁴ לגישתו, כדי לקבוע את אחריותו של אליאסי לפרסום לשון הרע שביצעו יתר הנתבעים, היה על התובעת להראות כי אליאסי ביצע עוולה בעצמו ולא עשה מעשה מותר, היה מודע לכך שהנתבעים יבצעו עוולה והתכוון שתבוצע עוולת לשון הרע, או לפחות ידע כי ביצוע העוולה הוא תוצאה טבעית של מעשיו ובנוסף להראות קשר סיבתי בין השידול לעוולה.¹²⁵

השופט אילן פירש את יסודות האחריות לשידול פרשנות מצמצמת וסבר כי אליאסי לא שידל לעוולה, אלא ביקש למתוח ביקורת על פרסומי התובעת באשר לפרשת אזריה, בפרסום עצמו לא התייחס ישירות לעסקה, ויש לו חופש להתבטא ולהביע עמדות. אף שאליאסי קרא

¹¹⁸ ראו הגדרת לשון הרע בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965; דרוקר- מחוזי פס' 11

¹¹⁹ דרוקר-שלום פס' 6

¹²⁰ דרוקר- שלום, פס' 18

¹²¹ דרוקר-שלום, פס' 19.3

¹²² דרוקר -שלום פס' 19.5

¹²³ דרוקר – שלום, פס' 21.2

¹²⁴ דרוקר – שלום פס, 21.4 בכך למעשה היה בית המשפט נכון להטיל אחריות בעיקר במצבים של ביצוע עוולה מצד המשדל, או אחריות שילוחית של שולח למעשה שלוחו (סעיף 14 לפקודת הנזיקין) למרות שהתייחס לתנאים לאחריות לשידול. ראו הרמן, ה"ש, 2, שם בעמ' 18-217 ("אדם נחשב כשולח כשהוא פועל כזרועו הארוכה של השולח או כממלא מקומו. השלוח מקדם או מנמס את האינטרסים של השולח, אך אפשר שיקדם גם את האינטרסים שלו עצמו. פעולת השלוח יכול שתיעשה בתמורה או בלא תמורה. השולח לא ייחשב אחראי אם אין לו עניין בפעולת השלוח").

¹²⁵ שם.

גם לכל מי שמזדהה עם דעותיו למתוח ביקורת כזו, לדעת השופט אילן, לשאלה האם יש לו קהל תומכים גדול אין רלוונטיות, מאחר שיסודות השידול אינם מותנים בקיום קהל. לפיכך, סבר השופט אילן כי לא ניתן למצוא עוולה במעשיו של אליאסי.¹²⁶ אף שהוכח שיש קשר סיבתי בין דבריו של אליאסי לביצוע עוולת לשון הרע על ידי התובעים, לא הוכח שאליאסי עצמו ביצע עוולה, וכי התכוון כי תבוצע עוולת לשון הרע, ויסודות השידול לביצוע עוולה לא הוכחו. לפיכך, נדחתה התביעה נגד אליאסי.

2. הדיון בבית המשפט המחוזי: הכרה בשידול מבלי שהמשדל ביצע את העוולה הישירה, הכרה בהשפעת משפיענים על מעשי אחרים

בערעור לבית המשפט המחוזי טענה המערערת כי התנאים באשר לאחריות אליאסי כמשדל שנקבעו בפסיקה מתקיימים ויש לקבוע את אחריותו כמשדל. מוטב בראשות השופט יונה אטדגי הפך את פסיקת בית המשפט השלום, הכיר במעמד המשפיען כבר אחריות וקבע כי בעניינו של אליאסי התקיימו כל התנאים להקמת אחריותו של משדל.¹²⁷ ראשית, אליאסי כיוון ישירות לפגיעה בעסקה של המערערת בהציבו קישור ישיר לדף העסקי שלה, להבדיל מהדף הפרטי ובהזכירו במפורש את האוכל שהיא מוכרת, ובכך שהמליץ לתת את הציון כוכב בודד – הציון הנמוך ביותר. משכך, קבע בית המשפט המחוזי שהתקיים שידול ודחה את מסקנת בית המשפט השלום לפיה ברשומה שפרסם אליאסי אין התייחסות לעסקי התובעת.

שנית, קבע בית המשפט כי התקיים יסוד הכוונה לשדל אחרים, מאחר שאליאסי העיד בבית המשפט השלום באשר לתובעת כי "אני לא מסכים עם מה שהיא כתבה, אני לא מסכים עם הדרך שהיא פנתה לדבר הזה ואיך שהיא הציגה את זה תקופה שזה היה חבית של חומר נפץ ואני ביקשתי מהם לפעול" ואף העיד כי יש לו בסביבת 150,000 עוקבים. עוד אישר אליאסי כי אמר בראיון בתכנית הצינור: "אני בפוסט אחד מזיז הרים, אני מוריד טייקונים לברכיים". כך, אפשר להסיק מעדותו כי היה מודע לכוח השפעתו ולכך שבעקבות דבריו, רבים ייכנסו לדף העסקי של המערערת כדי לפגוע בעסקה. פנייתו לא היתה למי שצרך את שירותיה אלא לכל מי שמזדהה עם דעותיו.¹²⁸ אליאסי התכוון לכך שהמשדלים יבצעו עוולה, ולכל הפחות היה מודע לכך שמעשה העוולה הוא תוצאה טבעית של הדברים שכתב. בכך התקיים היסוד הנפשי של כוונה או מודעות לביצוע עוולה.

שלישית, כפי שנקבע בבית המשפט השלום, התקיים הקשר הסיבתי בין השידול לעוולת לשון הרע שבוצעה על ידי קהל עוקביו של אליאסי מאחר שרבים מהנתבעים פרסמו לשון הרע על התובעת בעקבות קריאתו של אליאסי בפוסט שכתב.¹²⁹ לפיכך קבע בית המשפט כי אליאסי אחראי כמשדל לפרסומי לשון הרע שעשו המשיבים ואף שלא פרסם לשון הרע, הדין מייחס גם לו את מעשיהם.¹³⁰ אחריותו של אליאסי נקבעה, אף שלא פרסם לשון הרע בעצמו.

126 שם פס' 21.5

127 דרוקר – מחוזי פס' 21

128 דרוקר- מחוזי, פס' 21.

129 דרוקר- מחוזי, שם .

130 דרוקר- מחוזי, פס' 21(3): "האחריות של המשדל אינה אחריות ישירה ואינה אחריות שילוחית, אלא היא אחריות מעורבת. הדין מייחס במקרה כזה לאדם את מעשיהם ומחדליהם של אנשים אחרים. האחריות הנובעת מכך, שפעולת המשדל יחד עם פעולותיו של האדם אליו מיוחסות אותן הפעולות יוצרות מעשה אסור".

בהתחשב באחריותו הרבה של אליאסי לפרסומים שנעשו, העמיד בית המשפט את הפיצויים שעליו לשלם למערערת על 25,000 ש"ח בצרוף 5,000 ש"ח הוצאות.¹³¹ אם כן, פסק הדין קבע כי אפשר להטיל אחריות על המשפיען בגין שידול אחרים לביצוע עוולה.

3. החלטת בית המשפט העליון: דחיית בקשת רשות הערעור והותרת הכרת בית המשפט המחוזי באחריות לשידול על כנה

על פסק הדין של בית המשפט המחוזי הגיש אליאסי בקשת רשות ערעור.¹³² בבקשה טען אליאסי כי סוגיית האחריות לשידול מעוררת שאלות מהותיות שמצדיקות דיון. במיוחד התייחס אליאסי לצורך בבחינת השאלה האם צדק בית המשפט העליון בקביעתו כי לשם הטלת אחריות כמשדל נדרש להראות כי פעולות המשדל מהוות מעשה עוולה כשלעצמן.¹³³ עוד טען אליאסי כי פסק הדין בבית המשפט המחוזי פוגע בזכותו לחופש ביטוי.

השופט יחיאל כשר דחה את בקשת רשות הערעור. השופט מצא כי קביעת בית המשפט השלום לפיה לצורך קביעת אחריות כמשדל לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין, על התובע להראות כי המשדל עצמו ביצע עוולה – "אינה משקפת את הדין כפי שזה נקבע בפסיקתו של בית משפט זה" ואינה עולה מנוסח סעיף 12 ומרוקנת אותו מתוכן. זאת, מאחר ש"אם המשדל ביצע עוולה בעצמו, אין משמעות של ממש להטלת אחריות עליו מכוח סעיף 12 כמשדל, כאשר ניתן להטיל עליו אחריות ישירה כמבצע העוולה".¹³⁴ השופט התייחס לאמירה בפסיקה לפיה "יש הסוברים שתנאי להטלת אחריות לפי סעיף 12 הוא ש'המשדל' יבצע עוולה או שיבצע מעשה שעוולה היא תוצאה טבעית שלו"¹³⁵ ומצא כי מעבר לכך שפסיקה זו עסקה בנסיבה שונה בגינה מוטלת האחריות לשידול (אשרור),¹³⁶ נפלה באמירה טעות סופר, כך שנשמטו ממנה מספר מילים המשנות את משמעותה לחלוטין.¹³⁷ נוסף על זה, גם לפי נוסח פסק הדין "אין הכרח כי המשדל יבצע עוולה בעצמו, וניתן להסתפק בכך שיבצע מעשה שעוולה היא תוצאה טבעית שלו",¹³⁸ ומעשיו של אליאסי הם כאלו שעוולה היא תוצאה טבעית שלהם.

באשר לטענת אליאסי כי בהחלטת בית המשפט המחוזי יש פגיעה בזכותו לשם טוב, קבע השופט כשר כי חוק איסור לשון הרע משקף איזון בין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לשם טוב ואיזון זה מתקיים בכל הליך שעניינו חוק איסור לשון הרע. כך, אין בעניין זה סוגיה עקרונית, אלא טענות המכוונות לקביעה קונקרטיית, וככאלו, אינן מצדיקות מתן רשות ערעור

¹³¹ דרוקר- מחוזי, פס' 28 לפסק הדין.

¹³² ראו דרוקר- בר"ע עליון, ה"ש 8.

¹³³ דרוקר – שלום פס, 21.4.

¹³⁴ דרוקר- בר"ע עליון, פס' 15 להחלטה

¹³⁵ " **פלונים נ' הרשות הפלסטינית**, ה"ש 2, פס' 12 לפסק דינו של הש' עמית.

¹³⁶ ראו לעניין ההבדל בין אשרור לסוגי שידול אחרים בדין בחלק א.1. לרשימה זו ובפרט הדיון בפסק הדין **פלונים**

נ' הרשות הפלסטינית, ה"ש 2

¹³⁷ דרוקר - בר"ע עליון, פס' 16 להחלטה. הש' עמית התייחס בפסק הדין לספרו של פרופ' אהרן ברק וציין כי "יש הסוברים שתנאי להטלת אחריות לפי סעיף 12 הוא ש'המשדל' יבצע עוולה"... ואילו בספרו של אהרן ברק נכתב "יש הסוברים כי תנאי הכרחי לאחריות המשדל למעשיו של המשדל לפי סעיף 12 לפקודה הינו כוונת המשדל שהמשדל יבצע עוולה, או יבצע מעשה שעוולה היא תוצאה טבעית שלו".

¹³⁸ דרוקר- בר"ע עליון, פס' 16 להחלטה.

בגלגול שלישי.¹³⁹ לסיום ציין השופט כשר כי "השידול העולתי שביצע המבקש אינו נוגע לחופש הביטוי בהקשר פרשה שהיתה במחלוקת ציבורית, היא פרשת החייל אלאור אזריה" אלא התבטא בפרסום שעניינו הרצון להיפרע מהמשיבה על דעה שהיא השמיעה, באותו עניין שנוי במחלוקת. למעשה ניסן להיפרע ממי שהשמיע דעה פוגע בחופש ו-"מתקשה להתאים" לטיעונים בעניין דאגה כנה לפגיעה בחופש הביטוי.¹⁴⁰ כך, דחה בית המשפט את טענותיו של אליאסי והותיר את קביעת בית המשפט המחוזי על כנה.

אף שסוגיית שינוי ההקשר על ידי המשפיען והשפעת שינוי זה על האוטונומיה של הפרט לקבל החלטה לבצע עוולה אינה מוזכרת במפורש בפסק הדין בגלגוליו השונים, הרי שהיא נלמדת מההדגשים בו. בית המשפט המחוזי הזכיר את עוצמת השפעתו של אליאסי באופן בו הוא רואה את השפעת פרסומיו ברשת החברתית על אחרים.¹⁴¹ חשוב מכך, פסק הדין אף הדגיש את עוצמת השפעתו של אליאסי על קהל עוקביו והדגשה זו באה לידי ביטוי בעדויות של משודלים לפיהן פרסמו ביקורות שליליות על עסקה של דרוקר בעקבות הפוסט של אליאסי, אשר גרם להם לכעס על התובעת ולהיסחפות.¹⁴² עוצמת השפעת אליאסי על קהל עוקביו מודגשת אפוא בפסק הדין, כך היותו גורם משנה הקשר אשר חותר תחת האוטונומיה של המפרסם לשון הרע משתמעת מפסק הדין, אף שלא מוזכרת בו במפורש. אפשר אפוא לראות בפסק הדין יישום של המסקנות שהובעו במחקרים קודמים באשר לאחריות מתווכים לסוגיית אחריותם של משפיענים. מהדגשת עצמת השפעתו של אליאסי על קהל עוקביו אפשר להסיק כי בית המשפט הכיר בשינוי ההקשר שנוצר על ידי השפעתו כחותר תחת האוטונומיה של מבצעי העוולה להחליט עצמאית לפרסם או להימנע מפרסום לשון הרע.

ד. שיקולים לאחריות המשדל שלא ביצע עוולה ישירה

האם ראוי נורמטיבית להטיל אחריות על משפיענים בגין שידול לעוולה אף שלא ביצעו את העוולה הישירה? או שמא ראוי לפטור את אלו שיצרו סביבת תקשורת שעודדה את ביצועה? בחלק שלפנינו נתייחס לשיקולים לאחריות המשדל המשפיען בשים לב להבדלים בין משפיענים למתווכי תוכן.

¹³⁹ דרוקר- בר"ע עליון, פס' 18 להחלטה.

¹⁴⁰ שם.

¹⁴¹ דרוקר- מחוזי, פס' 21(2), שם ראמור אישר אליאסי את אמירתו בתכנית הצינור כי הוא "כפוסט אחד מזיו הרים, אני מוריד טייקונים לברכיים".

¹⁴² דרוקר- מחוזי פס' 21(3): "ראיתי את הפוסט של יואב [אליאסי] והקלקתי על הלינק נכנסתי לדרך ומתוך כעס... ". "ש. תאשר לי שאת הפרסום שאתה עשית אחרי שראית פוסט של יואב אליאסי? ת. כן נסחפתי בעקבות הפוסט"

ראשית, עומד האיזון בין כבוד האדם הנפגע לבין חופש הביטוי, על הרציונלים בבסיס זכות זו על האוטונומיה של הפרט,¹⁴³ חקר האמת וקידום שוק רעיונות עשיר¹⁴⁴ וקידום דמוקרטיה.¹⁴⁵ המשפיע מנהיג את קהל עוקביו ומשפיע עליהם לפרסם עולות ביטוי,¹⁴⁶ ויכול להוביל להתקפות המוניות ולדינאמיקה שמגבירה את תוחלת נזקי הנפגע. הטלת אחריות יכולה לבלום התקפות המוניות שיתבטאו בשלל פרסומי לשון הרע נגד הנפגע בזמן קצר. אלו גורמים לנזק לנפגע מאחר שאף שהפרסומים שקריים, מתקיימת הטיית האמת (truth bias), כלומר, הנטייה הראשונית של פרטים לקבל ביטויים שהם שומעים וקוראים כנכונים.¹⁴⁷ כך גובר הסיכוי כי הם יחזרו על הביטוי ויפיצו אותו הלאה. ככל שפרטים נחשפים לביטוי שקרי יותר פעמים אמינותו גדלה,¹⁴⁸ וממשיכים להאמין לו אף כאשר יש ראיות לשקריותו.¹⁴⁹ לדוגמה, בעניין דרוקר תוצאת השידול הייתה ריבוי ביקורות שליליות על עסקה של דרוקר. ריבוי הביקורת השליליות עלול היה להביא את הנחשפים להן למסקנה כי למזון שהיא מוכרת איכות גרועה. כתוצאה מכך עלולה להיגרם פגיעה אנושה למוניטין של העסק שלה ולרווחיה. נוסף על זה, משתמשים נוטים לשתף שקרים יותר מאמיתות, מאחר שלתכנים אלה נטייה לתפוס את תשומת הלב, ולעורר רגש ותחושת הפתעה.¹⁵⁰ כך, פרטים עלולים לשתף ביקורות שליליות על עסקה של דרוקר יותר מאשר ביקורות חיוביות, מבלי לברר האם

¹⁴³ רציונל האוטונומיה של הפרט מהווה חלק מזכותו להתפתחות, להגדרה עצמית, לבניית זהות וכבוד. לפי תאוריה זו, הביטוי מוגן כמטרה ולא כאמצעי להשגת מטרות אחרות, ובמובן זה יש לו חשיבות כשלעצמו Joseph Raz, *Free Expression and Personal Identification*, 11 OXFORD J. LEGAL STUD 313-316(1991)

¹⁴⁴ הרציונל מעמיד במרכז את התועלת המצרפית הצומחת מגילוי האמת בדרך של תחרות דעות בשוק החופשי, את מקסום כמות הביטויים והסרת מחסומים לכניסתם לשוק. אינסטרומנטלי הוא הרציונל והביטוי נתפס במסגרתו כמכשיר לעיצוב שוק דעות. ראו ג'ון סטיוארט מיל על החירות 22 (אהרן אמיר מתרגם, 2006)

¹⁴⁵ הזכות לחופש ביטוי מבטיחה כי לאזרחים י ינתן המידע הנדרש להשתתפות פעילה בחברה והיא, תנאי לזרימה דו-סטריית של מידע, ביקורת שלטונית וביחירות אזרחיות מושכלות. לפי תפיסה מתוחכמת יותר של רציונל זה, הדמוקרטיה אינה אך שלטון עצמי, ומשמעותה גם השתתפות שוויונית בתרבות ובחיים הפוליטיים במוכנס הרחב . ALEXANDER MEIKLEJOHN, *FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT* (3rd ; ed. 2004)

¹⁴⁶ Danielle Keats Citron, *Civil Rights in Our Information*, in *THE OFFENSIVE INTERNET :PRIVACY ,SPEECH AND REPUTATION* 31,48 (Levmore &Nusbaum Eds. 2010) CASS SUNSTEIN, *WISER-GETTING BEYOND GROUPTHINK TO MAKE GROUPS SMARTER* 22-24(2015)

¹⁴⁷ CASS SUNSTEIN, *LIARS: FALSEHOODS AND FREE SPEECH IN AN AGE OF DECEPTION* 73 (2021). מרחיב על הטיית האמת

¹⁴⁸ Gordon Pennycook, Tyrone D. Cannon & David G. Rand, *Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News*, J. EXPERIMENTAL PSYC. (2018);

¹⁴⁹ Whitney Phillips, *The Toxins We Carry*, COLUM. JOURNALISM REV. (Fall, 2019), Soroush Vosoughi, Deb Roy, Sinan Aral, *The Spread of True and False News Online*, 359

¹⁵⁰ SINAN ARAL, *THE HYPE MACHINE: HOW SOCIAL MEDIA SCIENCE 1146-1151*(2018) DISRUPTS OUR ELECTIONS, OUR ECONOMY, AND OUR HEALTH—AND HOW WE MUST ADAPT 28 (2020). (פרטים משתפים שקרים יותר מאמיתות).

הן מבוססות. ביקורות אלה, עלולות להיחרט בתודעה וקשה יהיה להפריכן.¹⁵¹ אחריות לשידול לעוולת לשון הרע יכולה להיות תרופה לשלל הפרסומים לכתחילה ולהיות מפתח להגנה על זכויות נפגעים.

מאידך, אפשר לטעון כי הטלת אחריות על משפיענים תוביל ל"אפקט מצנן" על ביטוי ולדיכוי משפיענים, שמובילים ופותחים דיון ומקדמים דיון ביקורתי, אשר חשוב למימוש הדמוקרטיה. הצינון בהטלת אחריות לשידול על משפיענים עלול להיות גבוה מהצינון בהטלת אחריות על מתווכי תוכן והחשש לאפקט מצנן מקבל משנה תוקף בשל **אופי הביטוי המשדל אשר משליך על הפגיעה בחופש הביטוי בהטלת אחריות לשידול על משפיענים לעומת הפגיעה בהטלת אחריות על מתווכים**. כאמור, פלטפורמות משדלות לעוולה באמצעות סיסמאות, שם הפלטפורמה, ברירות מחדל, המלצות אלגוריתמיות וכיו"ב. אלמנטים אלו הם כלי פונקציונלי, או התנהגות בשוק המסחר אשר משתמשת בביטוי להגברת רווחי הפלטפורמה ושימוש זה אינו ביטוי המצוי בליבת שוק הרעיונות.¹⁵² לעומת זאת, משפיענים מפרסמים תוכן פובליציסטי ואקטואלי שהוא בליבת חופש הביטוי ומביעים דעה בנושאים שמעניינים את הציבור ומובילים דעה. לכן, החשש לאפקט מצנן על חופש הביטוי שלהם ועל שוק הרעיונות בכללותו כבד יותר.

סיבה שניה לחשש לצינון נרחב בהטלת אחריות על משפיענים היא **שכיחותם של משפיענים לעומת מתווכי תוכן**. מאחר שקיימים הרבה יותר משפיענים ממתווכי תוכן, אפשר לטעון כי האפקט המצנן בהטלת אחריות לשידול על משפיענים הוא נרחב יותר לעומת האפקט המצנן על מתווכי התוכן, מאחר שהטלת האחריות יכולה לפגוע בחופש ביטוי של פרטים רבים ומגוונים יותר אשר מתפקדים כמשפיענים כלליים או נישתיים ולפגום בשוק רעיונות עשיר.

סיבה שלישית לחשש לצינון נרחב היא העובדה שבשונה ממתווכים, שבחרו לקבל עליהם את ניהול הזירה ולתווך תוכן לכלל, כך שמעמדם כמשפיענים ברי אחריות נקבע בהחלטתם להקים אתר, או לנהל קבוצה, הרי שכזכור מעמדם של המשפיענים מגיע מלמטה ונובע

¹⁵¹ 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 know it is fake or when the information it contains is corrected").

¹⁵² Dennis D. Hirsch, *From Individual Control to Social Protection: New Paradigms for Privacy Law in the Age of Predictive Analytics*, 79 MD. L. REV. 439, 481 (2020).

מהפופולריות לה זכו ברשת החברתית. גם הפופולריות לה הם זוכים אינה ניתנת לצפייה¹⁵³ והיעדר וודאות באשר לאחריותם עלולה להוביל לצינון עצמי נרחב יותר.¹⁵⁴ צינון המשפיען יפגע במגוון דעות בשוק הרעיונות ויגביר את החשש לקונפורמיות.¹⁵⁵ כתוצאה מזה אף תיפגענה קבוצות מיעוט שיש להן תת ייצוג בחברה, מאחר שמשפיען שיוודע שהוא יכול להיות חשוף לאחריות יימנע מלהוביל דיון בנושא שאינו בקונצנזוס. כך, תיפגע האפשרות של קבוצות מיעוט למצוא שותפים לדיון של הבנה והסכמה,¹⁵⁶ אשר היה מעודד אותן להפיץ רעיונות שאחרת היו מרחיקות מחשש להתנגדות חברתית. נוסף על זה, יכולות אף להיות נסיבות בהן משפיען יגביר מעורבות של קבוצות מיעוט בתהליך דמוקרטי ועודד התארגנות חיובית של מחאה ועמידה על זכויות. מעורבות קבוצות מיעוט אלו תוביל לכך שבחברה יובע סט נרחב יותר של רעיונות, אף אם הם יתרכזו בקבוצות שונות. זהו גיוון מסדר שני שאף הוא מקדם חופש ביטוי ומוביל ליתרונות.¹⁵⁷ אכן, אופי הביטוי של המשפיענים חשוב לשיח בהיותו ביטוי בליבת חופש הביטוי, שכיחות המשפיענים הגבוהה ביחס למתווכי התוכן, ווודאות פחותה באשר לאחריותם בשל העובדה שהם לא נטלו על עצמם את תפקיד המתווך, מעוררים חשש לצינון נרחב על חופש

¹⁵³ הפופולריות של "מובילי דעה" נובעת מן הרשת החברתית והנה תוצר שלה, אולם קשה לחזות מראש אם אדם יזכה להצלחה. בהקשר משיק לעניין השפעת הרשת החברתית על פופולריות ראו מיכל שור-עופרי: **פופולריות ורשתות ביני זכויות יוצרים** 39-42 (2011); מיכל שור-עופרי: "קניין רוחני ותאוריה של מורכבות" **קניין רוחני : עיונים בינתחומיים** 67, 75 (ליאור זמר ומרים מרקוביץ-ביטון עורכים) (2015) (מתייחסת להגנה על המצליחים והמפורסמים ומציינת כי התהליך היוצר פרסום והצלחה כולל מרכיב אינהרנטי של חוסר צפיות, ולכן ראוי לחשוב מחדש על הגנה זו), לביא, הוצאה מהקשר ה"ש 59, עמ' 495.

¹⁵⁴ ראו בהקשר משיק, KENNETH A. BAMBERGER & DEIRDRE K. MULLIGAN, *DRIVING CORPORATE BEHAVIOR IN THE PRIVACY ON THE GROUND: UNITED STATES AND EUROPE* 242 (MIT Press ed., 2015) מסבירים כי העמימות בסטנדרטים וגולטוריים מובילים חברות להטמע סטנדרטים גבוהים יותר של רגולציה פרטית). ראו גם Danielle Keats Citron, *Extremist Speech and Compelled Conformity*, 93 NOTRE DAME L. REV. 1035-36 (2018) מתייחסת לצינון ביטוי על ידי מתווכי תוכן בהקשר משיק ומסבירה שאפילו תכנית עתידית לחקיקה שתטיל אחריות על מתווכים גרמה לתווכים להסרת יתר של תכנים החשודים כמזיקים כדי להימנע מחשיפה לאחריות פוטנציאלית. התוצאה של צינון עקב החשש מאחריות תקפה גם באשר למשפיענים.

¹⁵⁵ Jonathan W. Penney, *Understanding Chilling Effects*, 106 MINN. L. REV. 1450, 1488 (2022) מרחיב בנושא הקשר בין אפקט מצנן לקונפורמיות. אדם שיש לו ספק האם ההתנהגות שלו חוקית נמצא באי וודאות, במצב זה יפעל בדומה לאחרים וימנע מלעשות מה שהיה רוצה, אלא יציית למה שנתפס בעיניו הנורמה. כך יימנע מפרסום פרסומים שאינם בקונצנזוס ומפרסום דעתו כדי לא להפר נורמות וזה יביא לקונפורמיות.

¹⁵⁶ DAVID WEINBERGER: TOO BIG TO KNOW – RETHINKING KNOWLEDGE NOW THAT THE FACTS AREN'T THE FACTS, EXPERTS ARE EVERYWHERE, AND THE SMARTEST PERSON IN THE ROOM IS THE ROOM 86 (2012) לחשיבות מרחבים במסגרתם פרטים דומים יוכלו לנהל "שיחת בית קפה". לקיומם של מרחבים אלו נדרשת הסכמה בין פרטים ולא מגוון דעות. אחריות המתווך ליצירת מוקד, עשויה לצנן מרחבים אלו.

¹⁵⁷ להרחבה אודות גיוון מסדר שני, ראו Heather K. Gerken, *Second Order Diversity*, 118 HARV. L. REV. 1099, 1105 (2005) במקום השפעת קבוצות מיעוט בייצוגם במוסדות, ראוי לאפשר שליטה במוסד מסוים. בפלטפורמות המהוות "מוקד", קבוצות מיעוט יכולות לקבל שליטה ונוצר איזון בחברה.

הביטוי בהטלת אחריות על משפיענים כמשדלים לעומת היקף הצינון בהטלת אחריות על מתווכים. אולם למרות חשש זה, ישנם טעמים טובים להטלת האחריות על משפיענים. גם כאשר למשפיענים אפשר לטעון כי למרות היקף הפגיעה, כנגד החשש ל-"אפקט מצנן" המצב הרצוי אינו היעדר מוחלט של צינון, אלא רמה אופטימלית של צינון.¹⁵⁸ פטור מאחריות יתמרץ משפיען להגביר זרימות מידע עולתיות תוך פגיעה נרחבת בכבוד הנפגע ואף יפגע בחופש הביטוי עצמו. אף שהטלת אחריות על משפיענים מעוררת חשש מצינון ביטוי לגיטימי בליבת שוק הרעיונות, כאשר הביטוי של המשפיען משדל לעולה, פגיעתו יכולה להיות נרחבת, בהיותו של המשפיען חלק אינטגרלי מהדיון, וביצירת קשר ישיר של המשפיען עם קהל עוקביו. ראשית, בשידולו לעולה, המשפיען משלהב את האווירה החברתית ומביא את קהל עוקביו למצב "חם". במצב זה גובר הסיכוי שיפעלו באופן אוטומטי ולא יקדישו די תשומת לב לבחירה.¹⁵⁹ בעקבות זאת הם עלולים להפיץ ביטויים פוגעניים, שלא היו מפיצים בסביבת תקשורת אחרת, ויתחרטו על הפצתם בדיעבד.¹⁶⁰ אפשר אפוא לטעון כי המשפיען פוגע באוטונומיה של הפרט הדובר. אכן, אפשר לטעון מנגד כי הפרט הוא אוטונומי להחליט החלטות וכאשר הוא פועל לפי דבריו של אחר הוא למעשה בוחר לקבל את סמכותו ולפעול לפי דבריו.¹⁶¹ אולם הנחת האוטונומיה מתערערת כאשר מדובר בשידול מצד משפיען להבדיל מכל פרט אחר ובמקרים אלו, השפעותיו של המשפיען על הקשר סביבת התקשורת יכולות להיות כה חזקות כך שהן חותרות תחת האוטונומיה של הפרט להחליט החלטות עצמאיות. כך, ציות להוראות המשפיען אינו נובע מבחירה אוטונומית לקבל את סמכותו אלא שהפרט נתון להשפעת המשפיען שפעמים רבות חותרת תחת חשיבה רפלקטיבית ואוטונומיה חופשית לקבל החלטות.¹⁶²

שנית, פטור מאחריות עלול לאפשר לשמועות שקריות ולשון הרע להתפשט ולהתעצם. כך, ייחסו להן משקל גבוה ביחס לביטויים אחרים ותיפגע התחרות החופשית בשוק הרעיונות.¹⁶³ לדוגמה, במקרה של דרוקר, ריבוי הביקורות השליליות שנכתבו על העסק שלה, יכול להאפיל על הביקורות החיוביות על עסקה של הנתבעת ולפגוע ביכולת הפרט להעריך את השירות כראוי. שלישי, במקרים מסוימים משפיענים עלולים לפגוע בדמוקרטיה, ככל

158 ראו CASS SUNSTEIN: LIARS: FALSEHOODS AND FREE SPEECH IN AN AGE OF DECEPTION 91(2021)

159 ראו RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH AND HAPPINESS 40-44(2008) במצב ה-"קר"

160 הבסיסי פרטים מתקשים להעריך עד כמה רצונם והתנהגותם יכולה להיות שונה כאשר יימצאו תחת השפעה. לעניין זה מצא אקוויסטי כי פרטים במצב "חם" התחרטו על הפצת תכנים שליליים ופוגעניים שונות. Alessandro Acquisti Yang Wang et al, *I Regretted the Minute I Pressed Share: A Qualitative Study of Regrets on Facebook*, SOUPS '11 Proceedings of the Seventh Symposium on Usable Privacy and Security ART 10 (2011), Yang Wang et al., *From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges*, 74 OHIO

161 ראו לדוגמה, עניין **אלקובי נ' וולדורסקי**, ה"ש 18, פס' 35-36

162 ראו לדוגמה דרוקר-מחוזי פס' 21(3) "ראיתי את הפוסט של יואב [אליאסין] 11 והקלקתי על הלינק נכנסתי לדרך ומתוך כעס... על ההבדל בין פעולה אינטואיטיבית לבין פעולה מתוך מחשבה רפלקטיבית ראו DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 237 (2011)

163 Cass R Sunstein, *Believing False Rumors*, in THE OFFENSIVE INTERNET :PRIVACY, SPEECH AND REPUTATION 91,102 (Levmore & Nusbaum Eds. 2010),

שהם משדלים הפצת שמועות שקריות ולשון הרע על בכירים בממשל ופוגעים ביכולת האזרח להפריך שמועות אלו ולפעול בצורה אופטימלית.¹⁶⁴ לנוכח זאת, הטלת אחריות שתוביל לדרגה מסוימת של אפקט מצנן נדרשת לאיזון בין הטבות של ביטוי חופשי והנזק שהוא עשוי לגרום לנפגעים.

נוסף על האיזון בין קידום שוק רעיונות בכללותו לבין כבוד האדם, יש לאזן בין חופש הביטוי של המשפיען לבין חופש הביטוי של הנפגע. פטור מאחריות יאפשר למשפיען לשדל לעולה ללא הגבלה ויביא להגברת נזקי לשון הרע ולהתקפות המוניות על נפגעים. התקפות אלו חותרות תחת חופש הביטוי של נפגעים שעלולים להדיר עצמם מהשיח המקוון. כתוצאה מזה, ייפגע חופש הביטוי שלהם והם יפסידו הזדמנויות עסקיות, חברתיות ואחרות. לדוגמה, בעקבות הביקורות על עסקה של דרוקר, היא סגרה את דף הפייסבוק שלה ולמעשה ויתרה על ערוץ התקשורת עם לקוחותיה במדיה הדיגיטלית.¹⁶⁵ סגירת הדף למעשה מונעת ממנה הזדמנויות בכך שפוגעת בהיקף החשיפה שלה ושל עסקה במדיום המקוון. הפגיעה בחופש הביטוי עלולה להשתרע מעבר לנפגעים עצמם ולכלול נפגעים פוטנציאליים שיחששו להשתתף בשיח ויצמצמו את השתתפותם ברשתות חברתיות מחשש להתקפות פוגעניות ומשמיצות. למעשה, אי-הגבלת שידול לעולה באמצעות דיני האחריות עלול להביא לצינון חופש הביטוי של כל משתתף בשיח ברשתות החברתיות.

איזון נוסף הוא בין זכות המשפיען לחופש ביטוי לבין זכות הנפגע לכבודו, אשר מהוות זכויות חוקתיות כחלק מכבוד האדם.¹⁶⁶ זכות המשפיען לחופש ביטוי כאמור חזקה מזכות המתווך לחופש ביטוי בשל אופי הביטוי אותו המשפיען יוצר. בשונה ממתווכי תוכן שמשדלים לעולה לרוב כחלק מהתנהגות בשוק המסחר המשתמשת בביטוי,¹⁶⁷ והרציונל העיקרי לזכותם לחופש ביטוי הוא זכות קהל היעד למידע¹⁶⁸ משפיענים מפרסמים תוכן פובליציסטי ואקטואלי, מביעים דעה בנושאים שמעניינים את הציבור ומובילים דעה. ביטוי זה הוא כאמור בליבת חופש הביטוי ומוקד הזכות הוא של המשפיען. כך, הפגיעה בזכות המשפיענים בהטלת אחריות והחשש לאפקט מצנן גבוהים יותר לעומת הפגיעה בזכות לחופש ביטוי והחשש לאפקט מצנן באשר לאחריות המתווכים המשדלים.

אולם על אף חשיבות זכות המשפיען לחופש ביטוי, והחשש לצינון נרחב כתוצאה מהטלת אחריות, לעומת הצינון בהטלת אחריות על מתווכי תוכן, גם זכות המשפיען לחופש ביטוי אינה מוחלטת וגם באשר לאחריות המשפיען יש לאזנה מול זכות הנפגע. למעשה, גם הדין הפוזיטיבי מתווה איזון בין הזכויות לא קובע זכות גורפת. כך, חוק איסור לשון הרע

¹⁶⁴ לטיעון בדבר פגיעת היעדר אפקט מצנן בדמוקרטיה: SUNSTEIN: LIARS, ה"ש 158

¹⁶⁵ ראו דרוקר- שלום בפס' הראשונה לפסה"ד

¹⁶⁶ יצוין כי אף שהזכות לחופש הביטוי לא עוגנה מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם, היא זכתה להכרה בפסיקה כחלק מהזכות לכבוד. ראו בג"צ 94/4804 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד (5) 661, 675 - הנשיא ברק (1997); ; בג"צ 93/2481 דיין נ'וילק, פ"ד מח (2) 456 (1994).

¹⁶⁷ ראו הדיון בחלק ב.2 לרשימה זו

¹⁶⁸ Helen Norton, *Powerful Speakers and Their Listeners*, 90 COLO. L. REV. 441 (2019); Felix T. Wu, *Commercial Speech Protection as Consumer Protection*, 90 COLO. L. REV. 631, 634 (2019)

משקף איזון בין זכות היסוד לשם טוב, לבין זכות היסוד לחופש ביטוי.¹⁶⁹ בנקודה זו דרגת הפגיעה בזכות המשפיען לביטוי אם תוטל אחריות, מול דרגת הפגיעה של הנפגע אם לא תוטל אחריות תלויה בשאלה אימתי תוטל אחריות.¹⁷⁰ במידה שאחריות תוטל על כל ניסיון השפעה מרומז, הפגיעה בחופש הביטוי של המשפיען לעומת כבוד האדם של הנפגע לא תהיה מידתית. אולם במידה ואחריות המשפיען תחומה לשידול מפורש כאשר ההשפעה מוכחת, הטלת האחריות שהיא מכוח הסמכה בפקודת הנזיקין, הינה ראויה, ונראה כי היא אינה פוגעת בחופש הביטוי במידה שאינה עולה על הנדרש.¹⁷¹ נוסף על זה, גם מטרת הביטוי המשדל משליכה על מידת פגיעתה של הטלת אחריות בחופש הביטוי של המשפיען. אין דומה שידול לביטוי שפותח דיון בסוגיה שבמחלוקת ציבורית, לבין שידול שכל כולו נובע מ-"רצון להיפרע ממי שהשמיע דעה".¹⁷² במקרה הראשון, פגיעת הטלת אחריות בחופש הביטוי של המשפיען נרחבת וראוי שגבולות האחריות לשידול זה יהיו צרים יותר, בשל הגנות שיכולות לעמוד למשודלים, הנוגעות לאיזון בין חופש הביטוי לזכות לכבוד.¹⁷³ בשונה מזה, כאשר מטרת השידול קשורות לנקם על הבעת דעה, שידול המשפיען למעשה פוגע בזכות לחופש הביטוי של המבקש להביע דעה ואינו נוגע לפרשה שיש עניין ציבורי לגביה. כך, באיזון הכולל במקרים אלו, מטרת הביטוי המשדל יכולה להטות את הכף לכיוון הטלת אחריות וחופש הביטוי של הנפגע.

שנית, אפשר לטעון כי הטלת אחריות מקדמת צדק מתקן ומאפשרת תיקון העוולה בין המזיק לניזוק.¹⁷⁴ מנקודת מבט של צדק מתקן, הצדקת אחריות אפשרית כאשר המשפיען

¹⁶⁹ ראו דרוקר- בר"ע עליון, פס' 18 להחלטה "אשר לטענת המערער כי בפסק הדין של בית המשפט המחוזי גלומה פגיעה בזכותו לחופש הביטוי – כפי שציין בית משפט זה לא פעם, "חוק איסור לשון הרע משקף איזון בין זכות היסוד לשם טוב, מזה, לבין זכות היסוד לחופש ביטוי, מזה" (רע"א 03/10520 בן גביר נ' דנקנר, פסקה 20 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (12.11.2006)). "להרחבה ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, בועז שנור, **דיני לשון הרע, הדין הרצוי והמצוי**, 178 (מהדורה שניה, 2019).

¹⁷⁰ בהמשך, בחלק ד.2 לרשימה, לאחר הבנת השיקולים לאחריות והתוצאות אליהן תוביל החלטה על הטלת אחריות, או הימנעות מהחלטה, תציג הרשימה לקווים מנחים להטלת אחריות במטרה להקל את ההכרעה בשאלות אלו בעקיבות.

¹⁷¹ סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

¹⁷² כך הגדיר השופט יחיאל כשר את שידולו של אליאסי לכתוב ביקורות שליליות על עסקה של דרוקר ראו דרוקר- בר"ע עליון, פס' 18 לפסה"ד: "השידול העוולתי שביצע המבקש אינו נוגע לחופש הביטוי בהקשר פרשה שהיתה במחלוקת ציבורית, היא פרשת החייל אלאור אזריה. השידול העוולתי שביצע המבקש התבטא בפרסום שעניינו הרצון להיפרע מהמשיבה על דעה שהיא השמיעה (באופן בוטה במיוחד) באותו עניין שנוי במחלוקת. הרצון להיפרע ממי שהשמיע דעה כאמור מתקשה 'להתאים' לטיעונים בעניין דאגה כנה לפגיעה בחופש הביטוי."

¹⁷³ כאשר המשודלים פרסמו פרסום עוולתי בסוגיה שהיא במחלוקת ציבורית בעקבות שידול הפותח דיון בסוגיה זו, הם יכולים ליהנות מהגנת תום הלב בסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע התשכ"ה-1965, במידה שפרסמו דעה זו בתום לב. במקרים אלו כאשר אין למשודלים אחריות לעוולה, אף אם היעדר חיובם באחרות נובע מתחולת ההגנות, נראה כי גם המשודל לא יחוב באחריות בשל האיזון בין חופש הביטוי שלו לכבוד הנפגע וחופש הביטוי שלו.

¹⁷⁴ ישראל גלעד: **דיני נזיקין – גבולות האחריות** (כרך א'), 59 (2012) אריאל פורת: **נזיקין**, 55 (2013), להרחבה בהקשר המקוון ראו לביא **אחריות מתוכי תוכן**, ה"ש 2, עמ' 127, 319-320.

מקיים את יסוד הגרימה. אולם גרימה כשלעצמה אינה משמשת הצדקה מספקת להטלת אחריות, מאחר שסיכונים רבים בחברה הם סיכוני רקע הדדיים מעצם הגדרתם ומתקיימים כדבר שבשגרה, לפיכך אין צריכה לקום בגינם אחריות.¹⁷⁵ כדי להביא לאחריות נדרשת יצירת סיכון לא הדדי.¹⁷⁶ לפיכך נדרש כי יתקיים קשר בין המשפיען לבין הנפגע, ושהתנהגותו של המשפיען הייתה רשלנית, קרי בת-אשם או בייקטיבי או בת-אשם מוסרי סובייקטיבי. כדי לבסס אחריות על המשפיען להביא ליצירת סיכון לא הדדי כתנאי לאחריות.¹⁷⁷

עקרונות צדק מתקן מתייחסים לאחריות מסדר ראשון של המעוול הישיר, במקרה שלנו, המשתמשים פרסמו לשון הרע. אולם אפשר לטעון כי גם המשפיען ששידל לעולה "אחראי מסדר ראשון" עם המפרסמים. בהשפעתו עליהם השפעה חזקה לפרסם את הפרסומים, פעולותיו חורגות מסיכוני רקע שבשימוש במרחב המקוון, ואפשר לטעון כי הוא גרם לנוק. מאידך גיסא, אפשר לטעון כי המשפיען רק שידל לפרסום התכנים המעוולים ולא יצר אותם ומאחר שפערי הכוחות בין המשפיען למשתתף מהשורה הם לרוב רחבים פחות מפערי הכוחות בין המתווך למשתתף מן השורה,¹⁷⁸ הבחירה לפרסם תכנים עוולתיים נותרה בידי המשתמשים, שבחרו אקטיבית לפרסמם. כך אפשר לטעון כי הזיקה הסיבתית-משפטית היא בין התנהגות המשתמשים לעולה וקשה לקבוע אם היו מפרסמים לשון הרע גם בהיעדר השפעות המשפיען.

השאלה אם אפשר לקבוע כי המשפיען גרם לפרסום לשון הרע מורכבת וגם אשמו בפרסומים אינו מובן מאליו, לאור בחירתם האקטיבית של המשתמשים לפרסם לשון הרע. כמו כן עולה שאלת המודעות והכוונה של המשפיען שהשידול יוביל לעולה. הכרעה בשאלות אלו היא שאלה של מדיניות,¹⁷⁹ אך גם שאלה של מידה ודרגה. אולם כיום בעידן הדיגיטלי אפשר להתחקות אחר השיח והאינטראקציות במסגרתו. נוסף על זה, כלים לניתוח קשרים ברשתות ולניתוח שיח, ששימוש בהם מתאפשר הודות ליכולות טכנולוגיות, יוכלו לסייע לבתי המשפט להכריע בשאלות אלו.¹⁸⁰

הצדקת אחריות בשיקולי צדק מתקן תלויה בדרגת השידול של המשפיען. כאשר השידול מתבצע בידי משפיען שמשדל במפורש לעולה, המשפיען למעשה יוצר סביבת תקשורת לביצוע עוולות, מגביר במידה ניכרת את הסיכוי לביצוע עוולות ומסייע להן. במקרים אלו קל יותר לטעון כי הוא מקיים את יסוד הגרימה. דרגת השידול יכולה להעיד גם על ידיעה, או על

¹⁷⁵ הטלת אחריות מוצדקת כאשר יצירת הסיכון היא חד-צדדית – המזיק מסכן את הניזוק, אך הניזוק איננו מסכן סיכון דומה את המזיק. ראו George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 537–564 (1972), ראו לביא **אחריות מתוכי תוכן**, ה"ש 2, עמ' 129.

¹⁷⁶ ראו **גלעד – 2012**, ה"ש 174, שם בעמ' 68.

¹⁷⁷ סיכון זה נוצר בשתי דרכים: הראשונה, הסיכון שיוצר המזיק כלפי הניזוק הוא לכתחילה גדול מהותית מהסיכון שיוצר הניזוק כלפי המזיק, או סיכון הדדי לכתחילה שרשלנות המזיק הפכה אותו ללא הדדי פורת – **נויקין 2013**, שם בעמ' 63, **גלעד – 2012**, שם בעמ' 82, וכן ראו Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, ה"ש 175, שם.

¹⁷⁸ ראו בהרחבה הדיון לעניין פערי כוחות בחלק ב.2 לרשימה זו

¹⁷⁹ נדרשות החלטות מדיניות בשאלות אימתי התנהגות המתווך עולה כדי גרימה, אימתי פעילותו היא רק סיכון רקע, אימתי תתקיים הזיקה הסיבתית-משפטית לעולה, ואימתי ראוי לקבוע כי מתגבש אשם סובייקטיבי או או בייקטיבי.

¹⁸⁰ לניתוח רשתות וניתוח טקסטואלי, בין השאר באמצעות כלים של בינה מלאכותית. Bambauer et.al, *Reckless Association*, ה"ש 107, עמ' 48-45 הכותבים מרחיבים על אסטרטגיות

כוונת המשפיען להביא לביצוע עוולה. כאשר המשפיען משדל מפורשות את עוקביו לבצע עוולת לשון הרע, קיימת הצדקה לראות בו כמי שגרם לנזק, הסיכון שיצר אינו סיכון רקע המתקיים כדבר שבשגרה ושיקולי צדק תומכים בפיצוי הניזוק.¹⁸¹ אולם כאשר השידול אינו ברור, יסוד הגרימה והזיקה הסיבתית משפטית לפרסומי לשון הרע של עוקביו של המשפיען אינם ברורים, יסוד האשם אינו מובהק וקשה להצדיק אחריות על משפיען שיצר מסר מעורפל ולא פרסם לשון הרע בעצמו.

שלישית, שיקולי יעילות תועלתניים, הבוחנים את השפעות התנהגות המשפיען על הרווחה המצרפית, יכולים לתמוך באחריות שתוכל להוביל להתנהגות יעילה אקס אנטה ולהגביר רווחה מצרפית אקס פוסט.¹⁸² אפשר לטעון כי הטלת אחריות יכולה לקדם הרתעה יעילה כאשר תמריצי השוק להימנע משידול לעוולה מגלים אזלת יד.¹⁸³ כאשר מדובר בשידול לעוולה המשפיען שולט במעשיו ובביטוי שהוא בוחר לפרסם כדי לשדל אחרים להוציא דיבה. שינוי תמריציו באמצעות דיני האחריות יובילו אותו לשנות דרכיו ולהימנע מהשפעות המגבירות נזקי עוולות, ואילו פטור יביא לתמריץ הפוך ויוביל לביצוע עוולות.¹⁸⁴ כמו כן, בשונה ממתווך התוכן בעניינו מתקיימים שיקולי חדשנות טכנולוגית ומתקיים חשש שהטלת אחריות תצנן פיתוחים טכנולוגיים יעילים, כמו למשל תפריטים רב בררתיים המקלים את הניווט בפלטפורמה,¹⁸⁵ השיקול של קידום חדשנות טכנולוגית חלשים יותר כאשר מדובר בפרט המשפיען. אפשר לטעון כי שיקולים כלכליים אפוא תומכים בהפנמת המשפיען את הנזק, מאחר שאחריות תצמצם התנהגות מפרת דין, ותביא להקטנת נזק וצמצום עלויות.

מאידך גיסא, אפשר לטעון כי הטלת אחריות על גורם שלא ביצע את העוולה, עלולה לפגוע בהחצנות חיוביות שהוא יוצר כמאפשר פיתוח דיון בנושא שאינו בקונצנוס המקדם חופש ביטוי. הטלת אחריות תוביל להרתעת יתר ולצינון שיח אשר מקדם יעילות מצרפית בנושאים מגוונים אותם מעודדים המשפיענים, מחשש לאחריות, ותביא לפגיעה בקידום היעילות. כמו כן, אפשר לטעון כי בהיבטים אחרים של שיקולי יעילות – קיימות דווקא פחות הצדקות להטיל אחריות על משפיענים לעומת מתווכי התוכן מאחר שהמשפיען הוא אדם יחיד ואינו גוף מאוגד או מוסדי. אף שכל אדם פרטי יכול להקים אתר אינטרנט, לקדם בו מטרות אישיות ולאפשר בו השתתפות לכלל, פלטפורמות רבות דוגמת רשתות חברתית שונות באופיין מהמשפיען הטיפוסי מאחר שהן ברוב המקרים גופים מוסדיים בעלי משאבים כספיים, שהם "כיס עמוק".¹⁸⁶ לפיכך, יכולתם של מתווכים לשאת בעלויות פיצוי הנפגעים

¹⁸¹ לעניין סיכוני רקע ראו פורת – נזיקין 2013 ה"ש 174, שם בעמ' 64.

¹⁸² להרחבה על שיקולים תוצאתיים של יעילות ראו לביא **אחריות מתווכי תוכן**, ה"ש 2, עמ' 130.

¹⁸³ ראו לביא **אחריות מתווכי תוכן**, ה"ש 2, שם בעמ' 132 ועמ' 320-321.

¹⁸⁴ ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" **משפטים** כב 421, 429 (1994), Elizabeth M. Jaffe, *Imposing a Duty in an Online World: Holding the Web Host Liable for Cyberbullying*, 35 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 277, 289 (2013).

תמריץ להשפעה על הפצת תכנים פוגעניים.

¹⁸⁵ להרחבה על אחריות המתווך לדחיפת משתמשים לביצוע עוולה ושיקולי חדשנות טכנולוגית ראו לביא **אחריות מתווכי תוכן**, ה"ש 2, שם בעמ' 324-322 יצוין שגם כאשר עסקינן באחריות המתווך החשש מצינון חדשנות טכנולוגית פוחת כאשר התמריצים לאחריות תלויים בהשפעה על הקשר ולא בטכנולוגיה.

¹⁸⁶ ראו בהרחבה הדיון לעניין זה בחלק ב.2.

בגין הנזקים שהם יוצרים בשידול לעוולה טובה מזו של ממשפיענים אינדיבידואלים שברשותם בדרך כלל פחות אמצעים.

נוסף על זה, קיימות עלויות מינהליות של התדיינות משפטית בהטלת אחריות על משפיענים ובחינת קיום יסודות השידול. שאלות האחריות מורכבות וכרוכות בפרשנות יסודות השידול, בחינת דרגת השידול, בחינת שאלות של כוונה או מודעות ובחינת הקשר הסיבתי. פרשנות הסטנדרטים הפתוחים עשויה להביא להתדיינות מורכבת וארוכה,¹⁸⁷ ולהוביל להיעדר יעילות. בשונה ממתווכים מוסדיים, שאף יכולים לשאת בעלויות המינהליות של ניהול תביעה במקרה שזו שתוגש נגדם מבלי לצאת מהשוק, חלק גדול מן המשפיענים שיאלצו לשאת בעלויות ניהול תביעות, עלולים להפסיק לפעול במרחב המקוון כמובילי דעה. תוצאה זו אינה יעילה ותפגע ביעילות המצרפית מאחר שיציאה מהשוק בשל עלויות תוביל לפגיעה בגיוון בשוק הרעיונות ובהטבות של שוק עשיר. אכן, אפשר לטעון כי ההנחה כי המתווך הוא תמיד כים עמוק אינה תמיד נכונה,¹⁸⁸ אולם לאור שכיחותם של משפיענים ביחס למתווכים, נראה כי השפעות אחריות לשידול על פגיעה ביעילות המצרפית כאשר מדובר בהטלת אחריות על משפיענים עולה על פגיעתה ביעילות כאשר מדובר במתווכים.

אפשר אפוא לטעון כי במישור שיקולי היעילות ההצדקות להטלת אחריות על המשפיען חזקות פחות לעומת השיקולים להטלת אחריות על מתווך התוכן, אולם השאלה בסופו של דבר היא האם הטלת אחריות יעילה או שעלויותיה עולות על תועלתה. שיקולי עלות-תועלת בהטלת אחריות על המשפיען מובילים לתוצאות משתנות בתלות בדרגת השפעותיו על קהל עוקביו. ככל שהשידול מפורש וברור יותר, כך גוברת התועלת בהטלת אחריות. במקרים אלו ההשפעה ברורה יותר וקהל המשתמשים יתקשה לעמוד בפניה. שידול מפורש אינו בתחום אפור, קל יותר להימנע ממנו ותוחלת נזקיו גבוהה. לדוגמה, המלצותיו של אליאסי לכתוב ביקורת שלילית על עסקה של גב' דרוקר, שכללו הכוונה לדרך העסקי, אינן מותירות הרבה מקום לספק. קל למשפיען להימנע מהשפעה זו והימנעות זו אינה פוגעת בניהול הדיון והשיח על ידו. אולם כאשר אין בשידול המלצה מפורשת לעשיית מעשה של פרסום לשון הרע, הקצאת האחריות למשפיען יכולה לעלות על תועלתה ולהביא לעלויות כבדות של צינון ביטוי. במקרים אלו הותרת האחריות למפרסם לשון הרע בלבד יכולה להיות יעילה יותר. נסכם כי אף שבהיבטים מסוימים ההצדקות להטלת אחריות על משפיענים חזקות פחות מההצדקות להטלת אחריות על מתווכים, שיקולים לאחריית אינם שוללים הטלת אחריות על משפיענים לשידול, אולם השיקולים תומכים באיזון ובהטלת אחריות רק כאשר דרגת השידול חזקה. אחריות רחבה מידי תוביל לאפקט מצנן לא מידתי, תהא לא צודקת ולא יעילה, נדרשים אפוא איזון וקווים מנחים לבחינת האחריות.

¹⁸⁷ לדוגמה, בעניין דרוקר הפרשה התרחשה בסוף יולי של שנת 2017 (ראו עניין דרוקר שלום, פס' 3), פסק הדין בבית המשפט השלום ניתן באוגוסט 2020 ופסק הדין בערעור ניתן בינואר 2022, בקשת רשות ערעור נדחתה רק באוגוסט 2022. נראה אפוא כי ההתדיינות נמשכה כחמש שנים, והיו לה עלויות מינהליות לא קטנות. ראו ת"א 17-09-39830 דרוקר נ' אליאסי ואח' (פורסם בנבו 4.8.2020), ע"א 20-10-52301 דרוקר נ' אליאסי ואח' (פורסם בנבו, 23.1.2022) ראו דרוקר- בר"ע עליון, ה"ש 8.

¹⁸⁸ קיימים גם מתווכים הפועלים משיקולים שאינם מסחריים והם עלולים להתקשות בתשלום הפיצוי ולצאת מהשוק בעקבות חיובם באחריות, או אולי להימנע מכניסה לשוק לכתחילה והתוצאה תהיה ריכוזיות ופגיעה בגיוון. להרחבה בעניין זה ראו לביא, **אחריות מתווכי תוכן**, ה"ש 2, עמ' 321.

ה. הוכחת יסודות השידול ותחימת האחריות להשפעה

כאמור, יסודות האחריות לשידול הם הפרת דין, כוונה או מודעות וקשר סיבתי בין פעולת השידול לבין העוולה שבוצעה.¹⁸⁹ כדי להימנע מהטלת אחריות רחבה מידי שתוצאותיה אפקט מצנן ופגיעה בצדק וביעילות, או אחריות צרה מידי, שתאפשר הגברת פרסומי לשון הרע ופגיעה לא מידתית בניזוק, נדרשת בחינה מדוקדקת של יסודות אלו לאור גורמים וראיות שיכולים להעיד על קיומם של השפעה, כוונה וקשר סיבתי. ראשית כמובן נדרש להוכיח כי פרסמו פרסומי לשון הרע על אודות הנפגע. בשלב הבא יש לבחון את יסוד השידול והשפעתו.

1. מי הוא משפיען?

ראשית, רשימה זו עוסקת בשידול בידי משפיענים. בשונה מהמתווך שיש הנחת יסוד שהוא צומת מרכזי מעצם העובדה שהקים את אתר האינטרנט, או נטל על עצמו ניהול פורום, מעמד המשפיען נבנה "מלמטה" בשל הפופולריות שצבר בקרב קהל עוקביו או חבריו.¹⁹⁰ כאשר המשדל אינו משפיען לא עומדת הנחה שיש יכולת להגיע לקהל, להשפיע ולהוביל לשינוי התנהגות בקרב עוקבים צדדים שלישיים, הוכחת יסודות השידול תהיה משימה קשה הרבה יותר לעומת הוכחתה במקרה של מתווך ויידרשו יותר ראיות להשפעה ולקשר הסיבתי. בנקודה זו עולה השאלה מי הוא משפיען שמאפשר למעשה את הנחת ההשפעה על מעשי אחר?

מהם הקריטריונים בהכרה בפרט כמשפיען? מספר עוקבים גבוה ומספר תגובות וסימני אהדה לפוסטים שהוא מפרסם הם גורמים חשובים,¹⁹¹ אולם הם אינם מספיקים כדי להגדיר משפיען, מאחר שמספר העוקבים אינו בהכרח הוכחה לכך שעוקביו ישנו התנהגות בעקבות דבריו וכי ישפיע עליהם. ראוי לבחון גם האם הוא ידוע כגורם משפיע? האם מתייחסים אליו כגורם משפיע, לדוגמה האם הוא אישיות ציבורית, או ידוען? וכיצד הוא מתייחס לעצמו? לדוגמה, בעניין דרוקר הודה אליאסי כי העיד על עצמו כמי שיש לו השפעה רבה.¹⁹² במסגרת חקירות בדיון בבית המשפט אפשר גם לשאול עדים האם אותו פרט ידוע בחברה כגורם משפיען, והאם קהל עוקביו תופס אותו כמשפיען על התנהגותם.¹⁹³ אולם יתכן כי מבחן זה יכול לעורר קושי מאחר שהמפרסמים נשאלים לאחר מעשה ולא לכתחילה, ויכולים לטעון כי המשדל השפיע במידה ניכרת על מעשיהם, אף שלא היה כך, בתקווה שתהיה בכך נסיבה מקלה להפחית מגובה הפיצוי שיושת עליהם. כך, טענת הפרטים שפרסמו לשון הרע כי הושפעו מהשידול אינה קריטריון מספיק כשלעצמו להכרה בפרט כמשפיען, אולם היא תוכל לשמש חיזוק למסקנת היותו של פרט משפיען כאשר נסיבות נוספות תומכות בכך.

¹⁸⁹ להרחבה על יסודות עוולת השידול ראו בחלק הראשון לרשימה זו.

¹⁹⁰ ראו להרחבה חלק ב.2 לרשימה זו

¹⁹¹ לדוגמה בעניין דרוקר העיד אליאסי כי היו לו העיד אליאסי כי היו לו בסביבות 150,000 "עוקבים".

¹⁹² דרוקר- מחוזי, פס' 21(2) לפסה"ד ("אני בפוסט אחד מזיז הרים, אני מוריד טייקונים לברכיים").

¹⁹³ לדוגמה בעניין דרוקר- מחוזי צוטטה חקירת אחד הנתבעים בבית המשפט לפיו נסחף בעקבות הפוסט של אליאסי.

הקריטריונים של מספר העוקבים, האם המשפיען ידוע כגורם "משפיע", כיצד הוא מתייחס לעצמו, וכיצד קהל עוקביו מתייחס אליו מאפשרים הכרה באחריות המשפיען כמשדל במקרי קצה של משפיענים מובהקים, משפיענים כלליים, הידועים לכלל, ואף אושיית רשת שצברה עוקבים רבים ופופולריות כללית רבה ברשתות. אולם, ישנם משפיענים נישתיים בנושאים ספציפיים, ו"כוכבי רשת" לדוגמה ב-Youtube וברשתות החברתיות כמו טיקטוק ופייסבוק, שמצלמים סרטונים של עצמם מעבירים מסר לקהל. חלקם, פחות מוכרים לציבור הרחב,¹⁹⁴ ויתכן שהאפשרות שלהם להשפיע מחוץ לנושא או נישא ספציפיים, היא מצומצמת. האם גם עליהם תוטל אחריות להשפעה על מעשי אחרים? במקרים אלו התשובה פחות ברורה. הכרעה בשאלות אלו תלויה בשיקול דעת בתי המשפט ובחינה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה. בחינה זו אינה מהפכנית, בתי המשפט בוחנים את הנסיבות מידי יום כאשר הם מכריעים באחריות לעוולת הרשלנות, במסגרתה הכרעה בשאלה האם התנהגות היא התרשלות מבוססת על סטנדרטים פתוחים ולא על כללים ולמרות השוני בין עוולת הרשלנות לעוולת לשון הרע, גם במסגרת עוולת לשון הרע בתי המשפט בוחנים את הנסיבות ומפעילים שיקול דעת תדיר בפרשנות ההגנות בחוק.¹⁹⁵

כמו כן, אפשר להגיע למסקנת היותו של המשדל משפיען לפי התשובות לשאלות בשלבים הבאים בבחינה (טיב השידול והתוצאה, שעליהם נעמוד בהמשך). כך, אפשר לקבוע כי במקרים בהם השידול היה מובהק וכלל הוראות ברורות מה לפרסם, ומשתמשים פרסמו דיבה לאחריו, אפשר להסיק קשר להשפעת המשפיען, אף אם לא היה משפיען מובהק.

אולם יצוין כי כיום אפשר אף למדוד השפעה ואפשר להגיע למסקנות מדויקות יותר בשאלה אם פרט מסוים הוא משפיען ברשתות באמצעות כלים של ניתוח רשת חברתית (Social network analysis) המתמקדים באופן שבו קשרים בין פרטים, או ישויות חברתיות אחרות משפיעים על אפשרויות. ניתוח של הרשת מתמקד בקשרים ומאפשר לנתח, לתאר ואף לחזות יחסי גומלין בין החלקים המרכיבים את הרשת.¹⁹⁶ נוסף על זה, גם כלים של ניתוח שיח יכולים להוביל למסקנות על השפעה. כלים אלו מתפתחים ויכולים לאפשר ניתוח יעיל של מבני רשת באמצעות כלים טכנולוגיים ואלגוריתמיים.¹⁹⁷ כבר כיום משתמשים בכלים טכנולוגיים ואלגוריתמיים כדי לזהות משפיענים אקס אנטה ואף למדוד השפעה

¹⁹⁴ על כוכבי רשת ראו לדוגמה היאלי יעקובי הנדלסמן, "כך הפכנו לכוכבי רשת" ישראל היום (10.1.2019) <https://www.israelhayom.co.il/article/623419>

¹⁹⁵ קיים שוני מהותי בין עוולת הרשלנות אשר מאפשרת שימוש נרחב ומלא יותר בשיקולי מדיניות והיא מבוססת סטנדרטים ראו תמר גדרון, לשון הרע- עוולת רשלנות? המשפט ד' 219, 236 (1999). בעוד שעוולת לשון הרע תחומה ומוגדרת מעוולת הרשלנות ומתמקדת בקיום יסוד הפרסום לאדם זולת הנפגע ובהגנות המפורשות שבהתקיימן קמה הגנה מפני אחריות. אולם גם בדיון במסגרת עוולת לשון הרע בתי משפט מפעילים שיקול דעת תדיר בפרשנות ההגנות לדוגמה, בחינת העניין הציבורי בהגנת אמת הפרסום, ופרשנות הגנת תום הלב(ראו סעיפים 14, 15 לחוק איסור לשון הרע התשכ"ה-1965)

¹⁹⁶ להרחבה בעניין זה ראו, לביא אחריות מתוכי תוכן, ה"ש, שם בעמ' 41.

¹⁹⁷ Elizabeth Dubois, Devin Gaffney, *The Multiple Facets of Influence: Identifying Political Influentials and Opinion Leaders on Twitter*, 58 AMERICAN BEHAVIORAL SCIENTIST 1260, 1266(2014)

בהקשרים של שיווק מוצרים וקידום מסר פרסומי-שיווקי.¹⁹⁸ לאחרונה אף הוצע להשתמש בכלים טכנולוגיים וניתוח רשת כדי לזהות משפיענים ברשתות בסוגיה של אחריות מנהיגי קבוצות ברשתות להתארגנות אלימה של אחרים. כלים אלו יאפשרו לתובע להוכיח שהנתבע המשדל השפיע על הגרף החברתי ברשת ולזהות אותו כצומת מרכזי ברשת החברתית (central node).¹⁹⁹ קיימות אפוא דרכים שונות למדוד מרכזיות גורם ברשת החברתית, והאם לצומת מרכזי יש איכויות של מנהיג ברשתות. אלו יעידו שהנתבע משפיען, ויאפשרו אף להוכיח את קריטריון הסיביות.

יתכן כי נושא הוכחת האחריות באמצעות ניתוחי רשת עדיין בחיתוליו, וניתוחי הרשת מתבצעים בעיקר במחקרים שיווקיים כדי למדוד השפעות פרסומיות. כמו כן, יתכן כי עלויות השימוש בכלים של ניתוח רשתות עדיין כבדות מידי ולכן יתכן כי נכון לעכשיו, פחות יעיל מבחינת עלויות מינהליות להשתמש בכלים של ניתוח רשתות לשם הוכחת אחריות משפטית אקס פוסט במקרה ספציפי. אולם יש להניח שככל שהטכנולוגיה תפתח שימוש בכלים אלו יהיה יעיל יותר, מהיר יותר וזול יותר, והם יהיו יעילים גם להוכחת אחריות נזיקית בדיונים משפטיים, בתקופת הביניים יוכלו בתי המשפט לבחון בחינה מדוקדקת של הנסיבות וקריטריונים כמו מספר העוקבים, האם המשפיען ידוע כפרט שיש לו השפעה וכן לבחון את טיב התנהגותו.

2. מהו שידול בר אחריות? כיצד נסיק כי למשפיען היתה מודעות או כוונה?

גורם שני שיש לבחון בשאלה האם השידול בר אחריות הוא טיב המעשה ויסוד הכוונה. לעניין זה יש להתמקד באופי התנהגות המשפיען, אשר יכול ללמד על כוונתו ולהתייחס לדרגת השידול. האם הוא אינו משתמע לשתי פנים, כלומר האם מילוי המתבקש על ידי המשפיען אינו מותיר ברירה אלא לפרסם תכנים עוולתיים? האם ההיענות לשידול תוביל בוודאות לעוולות ביטוי? או שהמתבקש על ידי המשפיען משתמע לשתי פנים? כאשר משפיען משדל בעוצמה חזקה המשתמש עלול להתקשות לעמוד איתן ולהימנע מההשתתפות.²⁰⁰ בעניין דרוקר פנייתו של אליאסי לקהל עוקביו להיכנס לדף של נועה ו"לפרגן" "באיזה תגובה מהלב וכוך בוודד", כאשר התלווה אליה קישור לדף העסקי שלה,²⁰¹ היא שידול בעוצמה גבוהה, מאחר שהוא נותן הוראה ברורה לפגוע במוניטין של הנתבעת ובאיזה דרך לעשות זאת, ואף מנתב ומוביל את עוקביו לדף העסקי של הנתבעת כדי להקל עליהם לפגוע בתובעת. אילו השידול היה מסתכם בהוראה "לפרגן" לנתבעת בתגובה מהלב כדי שידעו איזו "נשמה טובה" היא, מבלי להפנות לדף העסקי שלה, נראה כי לא היה בכך די כדי להיות שידול בר אחריות מאחר שביטוי כזה לא משדל מפורשות לפרסום לשון הרע ולפגיעה במוניטין. בתווך קיים תחום אפור של שידול מרומז, ובמקרים אלו ניתוח טקסטואלי של מכלול פעילות

198 על מדידת השפעה של פרסומות SINAN ARAL: THE HYPE MACHINE: HOW SOCIAL MEDIA DISRUPTS OUR ELECTIONS, OUR ECONOMY, AND OUR HEALTH AND HOW WE MUST ADAPT 145, 155 (2020)

199 42 'עמ' Bambauer et al, *Reckless Association*

200 לדיון בהקשר משיק של מתוכני התוכן ראו לביא אחריות מתוכני תוכן, ה"ש 2, שם בעמ' 336-334

201 ראו דרוקר-מחוזי, פס' 6 לפסה"ד.

המשדל יכול לסייע להגיע למסקנה בדבר כוונה לשדל,²⁰² אך אפשר לסכם כי ככל שטיב השידול ברור יותר ותוצאת הציות לו היא עוולה, יעיל וצודק להכיר בשידול כבר אחריות. במקרים אלו, קטן הסיכוי שהשידול יוביל לאפקט מצנן והטלת אחריות מאזנת בין חופש הביטוי לכבוד הנפגע.

לסיכום, למעשה כאשר השידול מפורש וציות לו מוביל לביצוע עוולה על ידי המשדל, שיפרסם לשון הרע, טיב ההתנהגות מעיד על היסוד הנפשי של המשדל ועל מודעות, או כוונה להביא לביצוע עוולה.

3. קשר סיבתי

כדי להטיל אחריות לשידול על המשדל להיות חלק אינטגרלי ומשמעותי, בשרשרת האירועים שהובילה אל ביצוע העוולה. למעשה, בעיקר בשל הקושי בהוכחת יסוד זה, הטלת אחריות לשידול בפסיקה הכללית היתה נדירה. אולם מאחר ואנו תוחמים את יריעת הדיון לשידול בידי משפיענים ולא בידי כל אדם ברשתות, אפשר להניח כי כאשר המשדל הוא גורם משפיען ברשתות, וטיב התנהגותו היה שידול מפורש ולא מרומוז, שציות לו לא יכול להשתמע לשתי פנים אלא ביצוע עוולה, ובוצעה לבסוף עוולה, התקיים קשר סיבתי. כך אפשר להסיק כי קהל עוקביו של המשפיען הושפע מדבריו, שהובילו לביצוע עוולה, ולא מגורמים אחרים. כמו כן, ככל שהשידול כלל הנחיות מדויקות וקונקרטיות בדבר אופן ביצוע העוולה, והמפרסמים פעלו במדויק על פי ההנחיות הקונקרטיות של המשדל כמו בעניין דרוקר,²⁰³ כך ניטה להסיק כי מתקיים יסוד הקשר הסיבתי. היותו של הגורם משפיען לכתחילה מאפשרת, יחד עם טיב המעשה והתוצאה, להניח כי קיים קשר סיבתי.²⁰⁴ הנחה זו תקפה רק כאשר ברור כי הגורם המשדל משפיען וטיב מעשה השידול מפורש ואינו מרומוז.

במקרים שבתחום האפור אפשר להסתייע בעדויות הנתבעים על השפעת הפוסט אשר שידל לעוולה,²⁰⁵ אך כאמור יתכן כי עדויות אלו אינן קריטריון מספיק כשלעצמו להכרה בהיותו של פרט משפיען, בהשפעה ובקשר הסיבתי ועדויות אלו אך מסייעות כחזק להגיע למסקנת הקשר הסיבתי, במידה ונסיבות נוספות תומכות במסקנה זו, מאחר שלנתבעים

²⁰² Bambauer et.al, *Reckless Association*, ה"ש 107, עמ' 48.

²⁰³ דרוקר- מחוזי, שם בפס' 6 מתוארת הנחיה מדויקת של אליאסי לקהל היעד: "תכנסו לדרך של נועה ותפרגנו באיזה תגובה מהלב ואיזה כוכב בודד שידעו איזה נשמה טובה עומדת 8 מאחורי האוכל שהיא מוכרת." וקהל העוקבים ביצע את הנחייתו במדויק ודרג את העסק של דרוקר בכוכב בודד.

²⁰⁴ אציין כי מסקנה זו מקבלת תמיכה מפסיקת בית משפט שלום בהקשר דומה לעניין היקף נזקי פרסום שהמשפיען עצמו פרסם והשפעת פרסומו על תגובות משמיצות שהתקבלו לפוסט שפרסם. ת"א (שלום פתח תקוה) 17-47698-02 כהן נ' אליאסי, פס' 41 לפסה"ד (פורסם בנבו, 2020.10.11) "מעמדו של הנתבע, כהגדרתו, כ"מוביל דעה בכיר" אשר לו כ- 300,000 עוקבים, מחמיר מאליו את עצמת הפגיעה במושא הפרסום שכלפיו מוצא לשון הרע. התובע, אדם פרטי ואנונימי, מצא עצמו בשל פרסום זה בעין הסערה, וסמיכות הזמנים בין פרסום הנתבע לבין מאות תגובות הנאצה שהתובע זכה להן, מדבר בעד עצמו, ולא מותר מקום רב לספק לקיומו של קשר סיבתי בין הפרסום לתגובות, ולמצער מרים את נטל הבאת הראיות בהקשר זה ומעבירו לכתפי הנתבע שלא הביא כל ראיה לסתור. כאמור לעיל, הנתבע לא יכול לטעון ברצינות להיותו מוביל דעה בכיר ובד בבד להתכחש להשפעתו על עוקביו ולמצער על גרעין קשה מתוכם, והדברים אינם דרים בכפיפה אחת."

²⁰⁵ ראו עדויות הנתבעים בעניין דרוקר- מחוזי, פס' 21 (3) "ש. תאשר לי שאת הפרסום שאתה עשית אחרי שראית פוסט של יואב אליאסי? ת. כן נסחפתי בעקבות הפוסט."

אינטרס לטעון שהושפעו על ידי אחרים כדי לטעון לנסיבה מקלה ולנסות להביא להפחתת גובה הפיצוי שיושת עליהם. אולם גם בנקודה זו, כלים טכנולוגיים יכולים לסייע. הרשימה התייחסה לכלים טכנולוגיים שיכולים למדוד מנהיגות ברשת החברתית והשפעה. בדומה לזה, קיימים כלים טכנולוגיים המאפשרים לבחון קשר סיבתי. לדוגמה, לפי עדות מומחה שהובאה בעניין דרוקר,²⁰⁶ כיום הטכנולוגיה מאפשרת לאתר לדעת שמקור התנועה העודפת במסגרתו הגיע מדף מסוים בו. לדוגמה, הטכנולוגיה מאפשרת לדעת שמשתמשים לחצו על הקישור שהציג אליאסי, הגיעו דרכו לדף העסקי של הנתבעת ופרסמו לשון הרע. במקרים בהם השידול מלווה בקישור המנתב את קהל העוקבים למיקום מסוים בו המשדל מעוניין שיפרסמו לשון הרע, כלים טכנולוגיים אלו יכולים להוביל למסקנה כי קיים קשר סיבתי. אפשרות נוספת היא לנתח את האינטראקציות של המפרסם לשון הרע ברשת טרם הפרסום, יתכן כי בשלב זה כאשר מדובר ברשת חברתית גדולה ואינטראקציות רבות, כלי הניתוח לבחינת האינטראקציות של המפרסם אינם זמינים די הצורך, והשימוש בהם כרוך בעלויות מינהליות כבדות. אולם ככל שהטכנולוגיה תפתח שימוש בכלים אלו יהיה יעיל יותר, מהיר יותר וזול יותר. בתקופת הביניים יוכלו בתי המשפט לבחון את טיב התנהגותו של המשפיען אל מול התוצאה ואת מכלול הנסיבות.

יצוין כי אף שהתוצאה של פרסום לשון הרע על ידי עוקביו של המשדל יכולה ללמד על מתאם ולא בהכרח על קשר סיבתי בין ההשפעה לתוצאה ואפשר שאותם עוקבים מחזיקים מראש בעמדה ראשונית עוינת כלפי הנפגע, עדיין אפשר לטעון כי המשדל הגביר בהרבה את הסיכוי שפרסום לשון הרע יתרחש. זאת ביצירת סביבת תקשורת המעודדת פרסום לשון הרע ולכן אפשר לייחס לו אחריות.²⁰⁷ כמו כן, פעמים רבות פרסום לשון הרע מתבצע לפי הוראותיו הייחודיות של המשדל. לדוגמה, כתיבת ביקורת שלילית על עסק, כמו בעניין דרוקר.²⁰⁸ במקרים אלו, הסיכוי כי הרעיון לפרסם לשון הרע בדרך ייחודית זו הגיעה מהמשדל גדול מהסיכוי שהמפרסם הגה רעיון זה בעצמו וביצוע הנחיות ייחודיות יכול להעיד על קשר סיבתי בין השידול לתוצאה.

נסכם כי כאשר טיב ההתנהגות הוא שידול מפורש, וקהל עוקביו של המשפיען פרסם לשון הרע, הטלת אחריות היא מידתית, צודקת ויעילה ואינה מביאה לצינון לא מידתי של השיח. במקרים אפורים יידרשו ראיות נוספות כמו ניתוחי רשתות חברתיות, כלים טכנולוגיים ועדויות משתמשים, ואף עדות המשפיען עצמו, כדי שתתאפשר הטלת אחריות על משדל שלא לקח חלק בפרסום לשון הרע ישירות.

היותו של המשדל משפיען משליכה על גובה הפיצוי. בשל אחריות המשדל לנזק בהיקפים גדולים והשפעתו הרבה על מפרסמים רבים, ראוי כי יחויב בפיצוי גבוה, אף שהוא עצמו לא פרסם את הפרסומים. לדוגמה, בעניין דרוקר נפסק כי אליאסי ישלם כפי הסכום הגבוה ביותר שנפסק למי מהמפרסמים. כך, הוא חויב בפיצוי בסך 25,000 ש"ח בתוספת

²⁰⁶ ראו דרוקר- שלום, פס' 11 לפסה"ד "התובעת תמכה את גרסתה בתצהירה, וכן בחוות דעת מומחה של מר רן בן-זיק, חוות דעת הבוחנת את האפשרות שפייסבוק יכולה הייתה לדעת שמקור התנועה העודפת בפעילות בדף הפייסבוק של התובעת הינה הרשומה שהעלה אליאסי."

²⁰⁷ *Bambauer et al., Reckless Association*, ה"ש 107, עמ' 43-45.

²⁰⁸ ראו דרוקר- מחווי, פס' 3 לפסק הדין

5,000 ש"ח הוצאות ושכר טרחה.²⁰⁹ ככל שהמשדל הוא משפיען פופולארי יותר ושידולו לפרסם לשון הרע הוביל ליותר פרסומים עוולתיים יגבר הסיכוי שייפסק לו פיצוי הקרוב יותר לתקרת הפיצוי הסטטוטורי בחוק לאיסור לשון הרע, או גבוה מכך, כאשר הוכח גובה הנזק.²¹⁰

ו. משפיענים היזהרו בפרסומיכם! על אחריותם הישירה של משפיענים לפרסומיהם העוולתיים ועל גובה הפיצוי

אחריות לשידול אינה הסוגיה היחידה המתעוררת בנוגע למשפיענים. סוגיות חדשות העולות בעידן הדיגיטלי נוגעות למשפיענים, מעבר לאחריותם כמשדלים, ומעוררות שאלות באשר לפרשנות דיני הנזיקין בעידן הדיגיטלי. נוסף לשידול צדדים שלישיים לפרסם לשון הרע, משפיענים לעתים מפרסמים לשון הרע בעצמם, תוכניהם מגיעים לתפוצה רחבה, הם משפיעים על הקהל הנחשף להם, ויכולים להעצים את השפלת מושא הפרסום. עניין אחריותם לפרסום לשון הרע נידון בבתי המשפט ובפסיקה הובעה עמדה לפיה היותו של אדם משפיען יכולה להשליך על עצם האחריות ותחולת ההגנות בחוק איסור לשון הרע, להבדיל משאלת גובה הפיצוי. בעניין כהן נ' אליאסי,²¹¹ בו נתבע אליאסי בתביעה אחרת באשר לפרסום לשון הרע על ידו, דן בית המשפט באחריותם של משפיענים לפרסומיהם לפי חוק איסור לשון הרע. לפי הניתוח בפסק הדין, תוכניהם של משפיענים "אינם רק זוכים לתפוצה רחבה, אלא גם משפיעים בפועל על ההתנהגות של הקהל הנחשף להם והנוטה לייחס להם משקל".²¹² השופט לוקשינסקי-גל הדגיש כי אינו עורך דיון ממצה בסוגיה זו, אולם התייחס לפערי הכוחות בין המשפיען לגורמים שהוא בוחר לפרסם עליהם לשון הרע.²¹³ נוסף על זה, ציין השופט כי כוח ההשפעה שצובר אדם שהוא "מוביל דעה" עשוי "להצדיק הכרה בעצמה מסוימת של מגבלות על פרסומיו, מעבר לאלו החלות על אדם מהשורה שאינו עוסק בדרך קבע בהשמעת התבטאויות ואינו נהנה מקהל של מאזינים המושפעים מעמדותיו. כך, בהשאלה מהמימרה 'חכמים היזהרו בדבריכם' (משנה, מסכת אבות, פרק א' משנה יא') סיכם השופט כי ניתן לומר 'משפיענים היזהרו בפרסומיכם'. בהמשך הסביר השופט כיצד אפשר להביא להגבלת פרסומים של 'מוביל דעה' – בין היתר, בפרשנות הגנות חוק איסור לשון הרע ובפרט בפרשנות של המונחים בעלי הרקמה הפתוחה" כגון דרישות תום הלב שבסעיף 15 ודרישת הסבירות שבסעיף 16 לחוק המתנה את הגנת תום הלב בכך שהפרסום לא חרג מתחום הסביר, מונחים אשר מאפשרים מתחם פרשנות רחב.²¹⁴ נוסף על זה, אפשר להביא להגבלת פרסומים מעוולים של משפיענים באמצעות כימות גובה הפיצוי.²¹⁵ אולם בפסק הדין הובהר משפיען עדיין אינו נדרש לעמוד בסטנדרטים עיתונאיים של כלי תקשורת מסורתיים

²⁰⁹ דרוקר- מחוזי, פס' 28 לפסה"ד.

²¹⁰ ראו סעיף 7.א (ב) לחוק איסור לשון הרע התשכ"ה-1965 לפיו רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לתובע פיצוי ללא הוכחת נזק של 5,000 ש"ח.

²¹¹ ת"א (שלום פתח תקוה) 17-02-47698 כהן נ' אליאסי (פורסם בנבו, 2020.10.11)

²¹² כהן נ' אליאסי, פס' 11 לפסה"ד

²¹³ כהן נ' אליאסי, פס' 26 לפסה"ד

²¹⁴ כהן נ' אליאסי, פס' 11 לפסה"ד

²¹⁵ כהן נ' אליאסי, פס' 11 לפסה"ד (כותרת המאמר "משפיענים היזהרו בפרסומיכם" היא ציטוט של הש' לוקשינסקי גל בפסק הדין).

כתנאי לכינון הגנה מפני תביעת לשון הרע, מאחר שגישה זו תוביל לאפקט מצנן לא מידתי.²¹⁶ בשל נסיבות המקרה והתנהגות התובע כלפי הנתבע במקרה הספציפי, נפסק פיצוי ברף הנמוך – 5000 ש"ח. לפי פסק הדין היותו של מפרסם משפיען, או מוביל דעה, יכולה להשליך לא רק על גובה הפיצוי, אלא על עצם האחריות.

בדומה לזה, בעניין וקנין נ' ראידמן,²¹⁷ פרסמה אשת העסקים והחברה ניקול ראידמן סרטון שצילמה בקניון ואת תגובתה לו שהיוו לשון הרע על דוכן לממכר פיצות. הדברים פורסמו בחשבון האינסטגרם של ראידמן אשר מנה מעל ל-800,000 עוקבים.²¹⁸ הפרסום הכה גלים, זכה להתייחסות באתר האינטרנט "ישראל בידור" ולתגובות של גולשים.²¹⁹ בעל העסק הגיש תביעה נגד ראידמן. בפסק הדין חויבה ראידמן באחריות לפרסום לשון הרע ונקבע באשר לאחד הפרסומים כי ההגנות בחוק לאיסור לשון הרע ישללו ממנה "לא בשל תוכן הפרסום, אלא בשל האופן בו בחרה הנתבעת לפרסם את הסרטון, קרי בשל התפוצה הרחבה של הפרסום, בסטורי, בחשבון האינסטגרם שלה, המונה מעל 800,000 עוקבים". כך נשללו ממנה הגנות חוק איסור לשון הרע. פסק הדין ציין כי הגנת האמת בפרסום מותנית ב"עניין ציבורי". בגדרי תנאי זה, נכללת גם בחינת האופן בו נעשה הפרסום, היקף התפוצה וזהות קהל היעד של הפרסום.²²⁰ נקבע כי גם כאשר להגנת הבעת דעה בתום לב, נבחנים אופן הפרסום והיקפו, במסגרת סעיף 16 לחוק שמתייחס לכוונה לפגוע במידה גדולה משהייתה סבירה להגנת הערכים המוגנים בהגנת תום הלב.²²¹ עוד נקבע כי על אנשים פרטיים המחזיקים בחשבונות ברשתות החברתיות, עם כמות עוקבים עצומה דוגמת ידוענים, משפיענים ובלוגרים, אשר מחזיקים בכוח שפעמים רבות אינו נופל מכוחם של כלי התקשורת תלה חובת זהירות מוגברת. לפי חובה זו, עליהם להימנע מפרסומים שיש בהם בעיקר ביוש אחרים, כאשר אפשר להגשים את מטרת הפרסום בדרך פחות פוגענית.²²² כך, חויבה הנתבעת ב-25,000 ש"ח. למסקנה לפיה ראוי לשלול מהמשפיען את הגנת תום הלב בשל היקף הפרסום הגיעו בתי משפט נוספים.²²³

האם ראוי להטיל על משפיענים חובת זהירות מוגברת לפרסומיהם? ואם כן מה ראוי שיהיה תוכן? לכאורה אפשר לטעון שבפרסום תכנים עולתיים משפיענים משפיעים בעקיפין על התנהגות קהל עוקביהם, או חבריהם ברשת החברתית,²²⁴ אף שלא שידלו אותם

216 שם

217 ת"א 20-09-37578 וקנין נ' ראידמן (פורסם בנבו, 25.3.2022).

218 שם, פס' 44 לפסה"ד.

219 שם פס' 10 לפסה"ד

220 שם פס' 45 לפסה"ד.

221 שם, פס' 48 לפסה"ד.

222 שם פס' 51-49 לפסה"ד.

223 ת"א 15-07-41505 סימן טוב נ' מור, פס' 24 לפסה"ד (24.2.2019) "לא רק תוכן הפרסום אלא אף היקפו חרג מתחום הסביר בנסיבות המקרה שבפנינו, כאשר הנתבע בחר לפרסם את הפוסט בדף הפייסבוק של הדמות, וביועדו כי לדרך זה ישנם אלפי עוקבים ובוודאי הרבה מעבר לאותם אנשים ספורים שנחשפו לאירוע עיכובו של הנתבע. מכאן שהגנת תום הלב נשללת אף בשל התפוצה בה בחר הנתבע לפרסם דבריו".

224 ראו בהקשר זה דבריו של כב' השופט לוקשינסקי- גל בעניין כהן נ' אליאסי, פס' 11 לפסה"ד " מאפיין מרכזי של "מוביל דעה", הגם שלא היחיד, הינו שתכניו אינם רק זוכים לתפוצה רחבה, אלא גם משפיעים בפועל על ההתנהגות של הקהל הנחשף להם והנוטה לייחס להם משקל"

מפורשות לבצע עוולה, מאחר שפרסומיהם יכולים להוביל אותם לפרסם ולשתף תכנים עולתיים דומים. לפי טענה זו עצם הפרסום העולתי עלול להוביל לריבוי תגובות עולתיות לפוסט או לציפוי שכתבו ואלו יעלו כדי לשון הרע. האם ראוי להטיל על משפיענים חובות מוגברות דוגמת החובות החלות על גופי תקשורת כמו לדוגמה אחריות שילוחית לתוכני משתמשים, או חובה לבדוק עובדות בדומה לסטנדרטים עיתונאיים?²²⁵ האם ראוי לחייב משפיענים בסטנדרטים מוגברים של אמירת אמת, כפי שהוצע בספרות באשר לפוליטיקאים, או נושאי משרה ציבורית?²²⁶ אשיב לשאלה זו בשלילה. קביעה כי על משפיענים חלות חובות מוגברות שישליכו על עצם אחריותם לפרסום מרחיקת לכת. משפיענים אינם עיתונאים או גורמי תקשורת, ואין מקום לחייבם לבדוק עובדות.²²⁷ כמו כן, הם לא בחרו בתפקיד המשפיענים, בשונה מפוליטיקאים או נושאי משרה ציבורית שבחרו להתמודד לתפקיד ולטול על עצמם את האחריות הנובעת ממנו. כוחם נובע מהפופולריות לה זכו שאינה ניתנת לצפייה ולכן לא ראוי להטיל עליהם חובות הנובעות מתפקיד שאדם או גוף בחרו ליטול על עצמם אך בשל כוחם ויכולתם להשפיע. הטלת אחריות הנובעת מבחירת אדם למלא תפקיד באמצעי תקשורת, או תפקיד ציבורי, היא מרחיקת לכת, תוביל להיעדר וודאות ומבחינה נורמטיבית יכולה לעמוד בניגוד לעקרון המוסרי של "אין עונשין אלא אם מזהירים"²²⁸ מאחר שכאמור פופולריות נבנית ברשת החברתית מלמטה למעלה ולרוב לא ניתנת לצפייה.

הצעה אחרת, מרוככת יותר מחובת זהירות מוגברת גורפת, היא לפרש את הגנות חוק איסור לשון הרע בצמצום באשר למשפיענים. הצעה זו מצאה ביטוי כאמור בפסיקת בית המשפט השלום.²²⁹ בנקודה זו מתבקשת השאלה האם ראוי לצמצם את תחולת ההגנות בחוק איסור לשון הרע על משפיענים? האם ראוי לפרש פרשנות מצמצמת את יסוד ה"ענין הציבורי" בהגנת אמת בפרסום בסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע,²³⁰ ולפרש בצמצום את המונחים בעלי הרקמה הפתוחה כגון דרישות תום הלב שבסעיף 15²³¹ ודרישת הסבירות שבסעיף 16 לחוק איסור לשון הרע²³² באשר למשפיענים, כך שתחולת ההגנות תהיה צרה יותר לגביהם? גם לשאלה זו אשיב בשלילה. שלילת הגנת אמת בפרסום או תום הלב אך בשל העובדה כי הביטוי הגיע לתפוצה רחבה, והוביל בעקיפין לתגובות לשון הרע ולהפצה משנית חוזרת של הביטוי, מעוררת קושי ופוגעת בחופש הביטוי ובעקרונות של צדק ויעילות.

²²⁵ ראו לענין חובות החלות על התקשורת המסורתית לביא **אחריות מתוכי תוכן**, ה"ש, עמ' 182-185 להצעה מקיפה להטיל חובות על נושאי משרה לומר אמת ראו אלעד אורג, חובתם של נושאי משרה לומר אמת לציבור, **משפטים** נ' 33, 38 (2020).

²²⁷ עם עמדה זו הסכים גם פסק הדין בענין **כהן נ' אליאסי**, פס' 11 לפסה"ד, בציינו כי משפיען עדיין אינו נדרש לעמוד בסטנדרטים עיתונאיים של כלי תקשורת מסורתיים, אף שפסק הדין נטה לכיוון הרחבת האחריות באמצעות פרשנות מצמצמת של ההגנות בחוק איסור לשון הרע.

²²⁸ כלל זה הוא כלל תלמודי מוסרי אשר מצא ביטוי מפורש בדיני העונשין ראו לענין עקרון זה עמנואל גרוס "הקלון כרועץ לקרון החוקיות? על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות" **עלי משפט** יא 7,8 (2014), אף כי אינו חל מפורשות בתחומים אחרים של המשפט כדרישה משפטית, ראוי נורמטיבית כי גם בתחומים אחרים תתקיים בהירות של הדין, לפחות ברמה הנורמטיבית.

²²⁹ ראו לדוגמה ת"א (שלום פתח תקוה) 17-02-47698 **כהן נ' אליאסי** (פורסם בנוב, 11.10.2020), ת"א 20-09-37578 **וקנין נ' ראידמן** (פורסם בנוב, 25.3.2022).

²³⁰ חוק איסור לשון הרע התשכ"ה - 1965, סעיף 14 (הגנת אמת הפרסום)

²³¹ חוק איסור לשון הרע התשכ"ה - 1965, סעיף 15 (הגנת תום הלב)

²³² חוק איסור לשון הרע התשכ"ה - 1965, סעיף 16 (נטל ההוכחה)

משפיענים מפרסמים תכנים בהיקפים גבוהים, חלקם לגיטימיים ומקדמים את ליבת הערך של חופש הביטוי, וחלקם יכולים להיות מזיקים, אולם היקף העוקבים, או החברים, הוא תכונה אינהרנטית נתונה של הרשת החברתית של המשפיענים, ואינו מעיד על כוונה מיוחדת לפגוע. שלילת הגנת אמת בפרסום בשל היקף הפרסום לא תאפשר למשפיענים ליהנות מהגנה זו בשל היקף הרשת החברתית שלהם. יתרה מזאת, פרשנות מצמצמת של יסוד העניין הציבורי מעוררת קושי. שכן, אם יש עניין ציבורי בפרסום אמת, לא ראוי להגביל את פרסומו לקהל הרחב, בפרט בעידן הרשתות החברתיות, בו ממילא כל ביטוי יכול להיות מופץ בלחיצת כפתור בהרחבה ללא קשר לקהל עוקביו של המפרסם הראשוני.²³³ נוסף על זה, מאחר שהיקף העוקבים של המשפיען הוא תכונה אינהרנטית נתונה, קשה להסיק ממנו מסקנות באשר לחוסר תום ליבו של המשפיען, או לחריגה מסבירות, מאחר שכל ביטוי שהוא מפרסם באשר הוא, מגיע לתפוצה רחבה והוא אינו עושה מאמץ מיוחד להגביר תפוצה בפרסום שגרתי ברשת החברתית שלו. פרשנות מצמצמת של הגנת אמת בפרסום או תום הלב תרוקן אותן מתוכן באשר למשפיענים ותהווה למעשה אמירה שבעצם הפרסום השלילי ברשת החברתית של המשפיען הוא חורג מגדר הסביר. זאת מאחר שכאמור כמות העוקבים, או החברים היא מאפיין אינהרנטי לרשת החברתית שלו.

פרשנות מצמצמת של הגנות חוק איסור לשון הרע תוביל למעשה לתוצאה כי היותו של אדם משפיען תשליך כמעט תמיד על עצם אחריותו. מאחר שהגנות אמת בפרסום ותום הלב הן הגנות מרכזיות בחוק איסור לשון הרע, פגיעה באפשרות ליהנות מהגנות אלו, תפגע פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי של המשפיען. בשונה מאחריות לשידול לעוולה, שהטלתה מותנית בכוונה של המשדל לכך שהמשדול יבצע עוולה או למצער במודעות לכך שהעוולה היא תוצאה ישירה של השידול, ההצעה לצמצום ההגנות לפרסומי המשפיענים עצמם, היא רק בשל מאפיין אינהרנטי של הרשת החברתית, ללא דרישה ליסוד נפשי. התוצאה של פרשנות זו תדכא את המשפיענים מהשתתפות בשיח, מאחר שתוביל למעשה לחיובם באחריות כמעט לכל פרסום דעה שלילית ללא כל יסוד נפשי ותהיה תמריץ שלילי להבעת דעה. הטלת אחריות ללשון הרע כמעט ללא גבולות תצנן את חופש הביטוי של המשפיענים, תשליך על אופיו של השיח וחופש הביטוי בכללותו ואף תוביל לקונפורמיות ולפגיעה במגוון דעות.²³⁴ זאת מאחר שכפי שהראתה הרשימה, משפיען מקדם שיח, דיון וביטוי חשובים בקרב עוקביו וחבריו, שיתכן שלא היו מתקיימים ללא הביטוי שלו ותרומתו לשיח.²³⁵

נוסף על הפגיעה בחופש הביטוי, הטלת אחריות רחבה כל כך בשל מאפיין אינהרנטי של היקף תפוצת הביטוי אינה יעילה ואינה צודקת. ראשית, משפיען המפרסם פרסום עוולתי אחראי ממילא באחריות ישירה לפרסומו, ולא נדרש תמריץ שלילי נוסף ליצירת תוכן עוולתי, בשונה משידול אחרים לביצוע עוולה שאינו כרוך בפרסום לשון הרע, שלולא האחריות לא היה תמריץ שלילי למעשה. כאשר פרסום לשון הרע נעשה בידי המשפיען קמה ממילא אחריות ישירה למעשה הפרסום ונראה די בה כדי להוביל לתמריץ שלילי למעשה. כאמור,

²³³ על פוטנציאל ההתפשטות של שמועות שקריות ולשון הרע ראו מיכל לביא, התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות- הצעות לפעולה, **חוקים** 57, (2020); מיכל לביא, "שיתוף לשון הרע ברשתות חברתיות בעקבות ע"א 1239/19 שאול נ' נדיילי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2020) **משפטים על אתר** 159 (2020).

²³⁴ Penney, *Understanding Chilling Effects*, ה"ש 155, שם.

²³⁵ ראו חלק ד' לרשימה זו.

אחריות מוגברת תוביל להרתעת יתר ולהיעדר יעילות שיתבטאו בצינון השתתפות וביטוי. הטלת אחריות מוגברת על משפיען אף אינה צודקת, מאחר וכאמור עצם העובדה שלשון הרע פורסם בידי משפיען משליכה על היקף הנזק, אולם אינה מלמדת על כוונה מיוחדת לפגוע, מבחינת יסוד המעשה, לנוכח העובדה שהיקף קהל היעד הוא תכונה אינהרנטית לרשת החברתית שלו.

שנית, פרשנות מצמצמת של הגנות חוק איסור לשון הרע יוצרת הגברה כפולה של אחריות על משפיענים, מאחר שמשפיענים חבים למעשה באחריות כבדה לשידול אחרים לביצוע עוולה, אשר על פי רוב אינה מוטלת על משדל שאינו משפיען, בשל היעדר השפעה מספקת של פרטים שאינם משפיענים על ביצוע עוולה. באשר לפרסום תוכני לשון הרע בידי המשפיען עצמו, אף אם אפשר לטעון כי בפרסום לשון הרע המשפיען משפיע השפעה עקיפה על התנהגות אחרים ליצור תכנים דומים,²³⁶ אין כוונה מצידו להביא לביצוע עוולה בידהם, והמשפיען אינו מנחה את קהל עוקביו כיצד להגיב לפרסומו. ככל שיש השפעה, היא רק תוצר לוואי של הבעת דעה וביטוי עצמי של המשפיען. כפי שהובהר בחלק ה' לרשימה זו, ראוי לתחום את גבולות האחריות לשידול כדי להימנע מתוצאה שתגביל את חופש הביטוי יתר על המידה, תוביל לתוצאה שאינה צודקת ואינה יעילה ולהרתעת יתר. כדי להימנע מתוצאה זו הוצע בחלק ה' להגביל את האחריות לשידול למעשי אחרים לנסיבות בהם המשדל הוא משפיען והשידול הוא מפורש ולא מרומז. רק בנסיבות אלו ובהתקיים התוצאה של ביצוע עוולה אפשר יהיה להטיל אחריות לשידול. הטלת אחריות מוגברת על פרסום המשפיען עצמו, או צמצום הגנות חוק איסור לשון הרע רק בשל האפשרות כי פרסומו ישפיעו על אחרים בעקיפין, היא למעשה השגת גבול של האחריות לשידול לעוולה ופריצת גבולותיה באופן שיוביל בדיוק לתוצאה שרשימה זו ביקשה להימנע ממנה. הגברת אחריות כאמור חותרת תחת המסגרת שהוצגה ברשימה זו לאחריות לשידול, תוך טשטוש הגבול בין אחריות ישירה לאחריות "מעורבת" למעשי אחר.

שלישית, אף שאפשר לטעון כי ראוי להטיל נטל מוגבר על משפיען בשל היקף קהל המאזינים, או העוקבים שיש לו ברשת החברתית שנחשפים לביטוי שלו,²³⁷ הרי שנטל זה אינו צריך להתבטא בדמות עצם האחריות, אלא לשרת מטרה תרופתית לאחר שהאחריות הוכרעה במסגרת דיני הפיצויים, מאחר שהיקף קהל היעד משפיע על גובה הנזק. אין ספק כי ראוי שהיותם של מפרסמים משפיענים תשליך על גובה הפיצוי. מסקנה זו כבר מעוגנת דיני לשון הרע הכלליים, ובעניין אמר נ' יוסף נקבעה הלכה מרכזית מפי בית המשפט העליון לפיה בכואם לפסוק פיצוי בוחנים בתי המשפט את טיב הפרסום, את היקפו, אמינותו ומידת פגיעתו

²³⁶ עולה מפס' 11 לפסק הדין כהן נ' אליאסי, הוא כי הרציונל להגברת האחריות לפרסומי המשפיען הוא השפעה על התנהגות אחרים. "כוח ההשפעה שצובר אדם שהוא "מוביל דעה" כלפי התנהגות עוקביו, עשוי להצדיק הכרה בעצמה מסוימת של מגבלות על פרסומו, מעבר לאלו החלות על אדם מן השורה, שאינו עוסק בדרך קבע בהשמעת התבטאויות ואינו נהנה מקהל של מאזינים." לדיון בהקשר משיק השולל אחריות בעל אתר המחבר תוכני מערכת לתגובות המשתמשים ראו לביא אחריות מתווכי תוכן, ה"ש, עמ' 288-289, 298-299.

²³⁷ ראו עניין כהן נ' אליאסי בפס' 11 מצייין כי כוח ההשפעה של המשפיען מצדיק הכרה במגבלות על פרסומו "מעבר לאלו החלות על אדם מן השורה, שאינו עוסק בדרך קבע בהשמעת התבטאויות ואינו נהנה מקהל של מאזינים"

ואת התנהגות הצדדים.²³⁸ המסקנה כי היותם של מפרסמים משפיענים צריכה להשפיע על גובה הפיצוי נתמכת אף בפסקי דין שונים בערכאות הנמוכות שעסקו במשפיענים ספציפית.²³⁹ פסיקת פיצוי מוגבר למשפיענים בשל היקף תפוצת הביטוי מוצדקת בשל היקף הנזק הדיגניטרי ונזקי המוניטין שהם תוצאה ישירה של ביטוי לשון הרע בידיהם. דיני לשון הרע מאפשרים קבלת פיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק, וכאשר מדובר במפרסם משפיען אפשר לפסוק את מלוא הפיצוי הסטטוטורי כאשר תפוצת הביטוי גבוהה, או לאמוד נזק על דרך האומדנה, ולפסוק פיצוי גבוה יותר.²⁴⁰

נסכם אפוא כי הטלת אחריות מוגברת או צמצום תחולת הגנות חוק איסור לשון הרע על משפיענים תגביל בצורה לא מידתית את חופש הביטוי ותוביל לתוצאה לא צודקת ולא יעילה. משפיענים אחראים ישירות ללשון הרע לפרסומים שהם מפרסמים, על משפיענים מוטלת אחריות לשידול אחרים לביצוע עוולה בשל היותם משפיענים, ומאחר שהיקף קהל העוקבים, או החברים, משליך על היקף הנזק, הם אף חשופים לנטל תרופתי כבד יותר של פיצוי גבוה לאחר ההכרעה באחריותם לביצוע עוולת לשון הרע. לפיכך לא ראוי אפוא להטיל עליהם נטל נוסף בדמות אחריות מוגברת או בצמצום הגנות לשון הרע.

ז. סיכום

האם ראוי להטיל אחריות לשידול ללשון הרע על המשפיען אף שלא פרסם בעצמו לשון הרע, אלא רק שידל אחרים לפרסום לשון הרע? והאם ראוי להטיל אחריות מוגברת על משפיענים לפרסומיהם, או לצמצם את הגנות חוק איסור לשון הרע באשר להם? רשימה זו הפנתה זרקור למשפיענים ברשתות ועסקה בשאלת אחריותם לשידול אחרים לביצוע עוולה ובאחריותם הישירה לפרסומיהם. הרשימה עמדה על נדירות האחריות לשידול בדיני הנזיקין הכלליים, וביקשה להצדיק הכרה באחריות משפיענים ברשתות חברתיות לשידול. הרשימה סקרה את פסק הדין **דרוקר נ' אליאסי** בו הוטלה אחריות על משפיען לשידול, ועמדה על שיקולים לאחריות המשדל המשפיען לפרסומי אחרים, אף שלא ביצע את העוולה בעצמו. בהמשך, לאחר הבנת השיקולים לאחריות והתוצאות אליהן תוביל החלטה על הטלת אחריות, או הימנעות מהחלטה, התוותה הרשימה מסגרת לתחילת אחריות משדלים להשפעה על מעשיהם של אחרים במטרה להקל את ההכרעה בשאלת האחריות לשידול במקרים מגוונים שיגיעו לבתי המשפט, שיהיו דומים, או שונים בעובדותיהם מפסק הדין בעניין **דרוקר**. לאחר מכן, ביקשה הרשימה לבחון את השאלה האם ראוי להטיל אחריות מוגברת על משפיענים לפרסומי לשון הרע שהם מפרסמים, או לפרש את הגנות חוק איסור לשון הרע בצמצום

²³⁸ ראו פסק הדין המנחה לפסיקת פיצויים בדיני לשון הרע: רע"א 4740/00 **אמר נ' יוסף**, פ"ד נה(5) 510 525, (2001).

²³⁹ ראו לדוגמה בעניין ת"א 17461-90-17 **קליין נ' סנדל** (פורסם בנבו, 24.11.2019) שחקנית בעלת עוקבים רבים באינסטגרם פירשה בטעות התנהגות של מוליך כלבים כהתעללות בבעלי חיים ופרסמה ברשת החברתית. בפסק הדין ניתן משקל להיקף הנרחב והתהודה של הפרסום, אשר השליך על נזקו של התובע כתוצאה מהפרסום שנגע במישרין למשלח ידו והיא חויבה במלוא הפיצוי הסטטוטורי בחוק. ראו שם, פס" 28 לפסק הדין וכן בעניין כהן נ' אליאסי, פס" 11 לפסה"ד, שם השופט התייחס לוקשינסקי-גל לכימות גובה הפיצוי באשר למשפיענים.

²⁴⁰ על פסיקת פיצוי על דרך האומדנה ראו ת"א (תל-אביב-יפו) 49918/05/12 **סביר ואח' נ' בר נוי ואח' פס" 16** לפסה"ד (פורסם בנבו, 23.9.2014).

לגביהם, והשיבה לשאלה זו בשלילה. יחד עם זאת, הבהירה הרשימה כי לאחר שהוכרעה אחריותם של המשפיענים לביצוע עוולה, מוטל עליהם נטל כבד של פיצוי בשל היקף הקהל הנחשף לביטוי, אשר משליך על גובה הנזק לשמו הטוב של הנפגע. לאור ההשלכות הקשות של שידול ופרסום לשון הרע על ידי משפיענים על שמם הטוב של הנפגעים, ומאחר שעם הכוח להשפיע באים גם האחריות והפיצויים, רשימה זו תחתום אפוא בקריאה: משפיענים היזהרו בפרסומיכם!