

## המתווכים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית

ניבה אלקין-קורן\*

פתיח. א. מצוואר בקבוק תקשורת לבימות מבוזרות, וחזרה; 1. המדיום הוא המסר; 2. כיצד מבנה הכלל המשפטי את השיח; 3. תמונת מצב משפטית; 4. לקחים מהסדרת אחריות ספקים; ב. ממחסור במידע לערפיח מידע; 1. מנועי חיפוש: שומרי הסף הווירטואליים; 2. עיצוב השיח בידי המשפט; ג. ביזוריות בשיח הציבורי - מדוע זה חשוב?; 1. השתתפות במרחב הציבורי; 2. סגולות אזרחיות (Civic Virtue); ד. דברי סיכום.

### פתיח

בראשית ימיה עוררה רשת האינטרנט תקוות גדולות לשינוי סדר־עולם וליצירת תנאים חדשים שיקדמו חירות אישית וחופש וביטוי. תקוות אלו נבעו בעיקר מאופיה המבוזר של הרשת המאפשר תקשורת ישירה ובלתי־אמצעית בין המשתמשים. "המדיום הוא המסר" – טען מקלואן; והרשת הדיגיטלית – כך נטען – היא סביבה מבוזרת בעלת משמעויות פוליטיות וחברתיות מרחיקות לכת. רשת האינטרנט נתפסה כשחזור מודרני (או לפחות כגרסה פוסט־מודרניסטית) של כיכר העיר, היוצרת מרחב ציבורי וירטואלי שבו יוכל כל אחד ואחד מן הפרטים ליטול חלק פעיל בשיח הציבורי. פוטנציאל זה – כך האמינו – ימוטט את מוקדי השליטה בשוק התקשורת והתוכן, המופקדים בידי מספר מצומצם של

\* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מאמר זה הוא עיבוד של הרצאה שבמסגרת כנס בנושא "חופש הביטוי באינטרנט", באוניברסיטת חיפה, יוני 2001. תודה למיכאל בירנהק ולעלי זלצברגר על הערות מאירות־עיניים. תודה לרחל ארידור וליעל ברגמן על סיוע במחקר.

1. ראו: Marshall McLuhan & Quentin Fiore, *The Medium is the Message* (Bantam Books, New York, 1967).

מפיקים ומוציאים-לאור, ובמקומם יתפתח מאגר עשיר ודינמי של תוכן חופשי, שמקורותיו רבים ומגוונים. רשת האינטרנט ומהפכת המידע הביאו עמם הבטחה לשיפור של ממש בחופש הביטוי – החופש לבטא דעות ועמדות, החופש לפרסם מידע, החופש לחקור וללמוד ובתוך כך לגבש דעה, החופש לבחור ולגבש זהות באופן אוטונומי וכיוצא בזה.

דימויה המבוזר של הרשת, ועמו ההבטחה הגדולה לחירות ולחופש ביטוי, התבססו על שני מיתוסים מרכזיים באשר לאופיו של השיח ברשת. המיתוס הראשון מתמקד באפשרות ליטול חלק פעיל בשיח ובהרחבת מעגל הדוברים הנוטלים בו חלק; והמיתוס השני מתמקד בחופש המידע. על-פי המיתוס הראשון – באינטרנט כל אחד יכול להיות דובר – רשת האינטרנט מעניקה לפרט עוצמה חסרת-תקדים להעברת מסרים. בסביבה מקוונת זו כל גולש יכול לבטא את עמדותיו בפני קהל עצום של משתמשי הרשת ברחבי העולם, בעלות מינימלית השווה לכל נפש. על-פי המיתוס השני – באינטרנט כל אחד יכול למצוא את כל מה שמעניין אותו, ורק את מה שמעניין אותו – האינטרנט הוא ספריית ענק מגוונת העומדת לרשותו של כל גולש. בניגוד לעיתונות הכתובה, הטלביזיה והרדיו, המגדירים עבור הקורא או הצופה את סדר-היום, הגולש באינטרנט אוטונומי להגדיר את סדר-היום בעצמו. כל משתמש חופשי לגלוש לאן שהוא הפך, לבחור בנושאים המעניינים אותו, להגדיר באופן אוטונומי מה חשוב ורלבנטי, מה ברצונו לדעת וללמוד וממה הוא מבקש להימנע ולהתעלם.

בחינה מדוקדקת יותר של השיח הציבורי ברשת מגלה, כי התמונה מורכבת יותר מכפי שנדמה ממבט ראשון. בבואנו לבחון את הכללים המשפטיים הנוגעים לחופש הביטוי באינטרנט, עלינו לבדוק תחילה האם, ובאיזו מידה אפשר לדבר על חופש הביטוי באינטרנט כעל "אותה הגברת בשינוי האדרת", או שמא מדובר בהווייה חדשה המשנה סדר-יחסי. אף שהשינויים הדרמטיים במבנה הייצור וההפצה של תוכן ברשת יוצרים הזדמנויות חסרות-תקדים לביטוי וגישה למידע, סביבה זו יוצרת גם איום מסוג חדש על חופש הביטוי והאוטונומיה של הפרט. איום זה מקורו איננו בהגבלות שהמדינה מטילה על זכויות-יסוד, אלא בריכוז שליטה חסרת-תקדים על סביבת התוכן בידי תאגידים פרטיים הפועלים על-פי תכתיבי השוק. הדיון בסכנות לחופש הביטוי ברשת האינטרנט מחייב

2. ...המחשב – ועימו האינטרנט – אינם אך מוטציה של צורות חיים קודמות שהיכרנו ואשר בינתנו בשיטת המשפט. חיים חדשים הם, והילוכם אין הוא כהילוך צורות החיים שהורגלנו לחיות בחברתן... צורות חיים חדשות אלה של המחשב והאינטרנט טרם ירדנו לחיקרן, טרם הגענו אל תחתית הבור. נקישה אחת בירושלים, ואתה בתל-אביב; נקישה שניה, ואתה באוסטרליה; נקישה שלישית – המערכת מתמרדת והכל נמחק כלא-יהיה. החילונו נעים במהירות האור בעוד שגופנו בכרכרה וזרימת מחשבתנו כמהירות הכרכרה. השופט חשין, בהקדמה לספרו של נמרוד קוזלובסקי, המחשב וההליך המשפטי – ראיות אלקטרוניות וסדרי דין (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"א), ה; וכן בתב"מ 16/01 סיעת ש"ס התאחדות הספרדית העולמית שומרי תורה ואח' נ' סגן יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית ואח', פ"ד נה (3) 159.

אפוא בחינה-מחדש של התנאים ההכרחיים ליישום של ערכים, כגון אוטונומיה וחופש בחירה בסביבת המידע. בשל המאפיינים המיוחדים סביבה זו עשוי יישומם של אלו לחייב הערכות משפטית שונה מזו המסורתית.

זאת ועוד: השיח האינטרנטי איננו מתקיים בחלל ריק. המדיום הוא אולי המסר, אבל המסר איננו רק תולדה של המדיום. אמנם הרשת איננה פלטפורמה נייטרלית חסרת-פניות, אלא תשתית טכנולוגית שיש בכוחה להבנות את השיח. אולם אופיו של השיח מושפע גם ממודלים עסקיים, ממבנים כלכליים, מתהליכים סוציולוגיים, מצרכים פסיכולוגיים, מאידיאולוגיות ומכללים משפטיים. המשפט ממלא תפקיד חשוב, ולעתים אף מרכזי, בעיצוב סביבת המידע. בעוד שהרשת יוצרת פוטנציאל של ביזור השיח האינטרנטי, הכללים המשפטיים עשויים לעודד מגמות ריכוזיות. אופיה המבוזר של רשת האינטרנט מגביר את הלחץ על מערכת-המשפט לאמץ כללים משפטיים המאפשרים שליטה בשוק, אם באמצעות שתדלנות בבתי-המחוקקים אם באמצעות הגשת תביעות אסטרטגיות לשם יצירת תקדימים בבתי-המשפט. מאמצים אלו חוברים לחוסר-הנוחות הטבעי של מערכת-המשפט מן האופי הכאוטי של רשת האינטרנט. מערכת המשפט אמונה על הסדרת התנהגות על בסיס טריטוריאלי. אופיה הגלובלי של הרשת המערער על הלגיטימיות שבהחלת החוק הטריטוריאלי ולעתים מהווה הצדקה לחסינות מפני חוקי המדינה. הכללים המשפטיים – ולא דווקא אלה הנוגעים לחופש הביטוי, אלא דווקא מתחום המשפט הפרטי – עשויים להשפיע על עיצוב השיח הציבורי ברשת. הכוונה איננה לנורמות משפטיות המגבילות באופן ישיר את חופש הביטוי, כמו, למשל, חוק איסור לשון הרע,<sup>3</sup> המבקש לאזן בין חופש הביטוי ובין זכותו של אדם לשמו הטוב. הכוונה לכללים שעניינם אחריות נזיקית, זכויות יוצרים או חוזים, אשר יישומם ברשת עלול להשפיע על השימוש בטכנולוגיות חדשות, עיצוב המודלים העסקיים והבניית סביבת המידע בה מתרחש השיח.

הדיון שלהלן מדגים מגמה זו באמצעות שתי דוגמאות, העוסקות בשני המיתוסים שנזכרו לעיל.

#### א. מצוואר-בקבוק תקשורתי לבימות מבוזרות, וחזרה

המדיום הוא המסר

המיתוס הראשון הקשור ברשת האינטרנט הוא, כאמור, שכל אחד ברשת יכול להיות דובר. הטענה היא, כי הרשת יוצרת פוטנציאל טבעי לביזור השיח ולפתיחתו למספר רב יותר של דוברים שלא יכלו לקחת בו חלק פעיל בעבר. הסיבה לכך היא, שהתשתית הטכנולוגית של הרשת איננה מחייבת ריכוז השליטה בידי אמצעי-תקשורת מעטים. ראשית, בניגוד למצב הקיים בטלביזיה וברדיו, אין צורך בהקצאת ערוצי שידור (המצויים במחסור)

3. ראו חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240.

לזכיינים ולכן אין גם צורך ברישוי ובפיקוח הנלווה לכך.<sup>4</sup> כל מי שחפץ בכך יכול להתחבר לרשת בעלות קטנה יחסית ובלבד שהוא עושה שימוש בפרוטוקולי התקשורת המקובלים. שנית, הוצאות ההפצה ברשת נמוכות ולכן יחידים, ארגונים שלא למטרות רווח או עסקים זעירים יכולים אף הם לשאת בהן בקלות. גם כאשר הפקת התוכן כרוכה בהשקעה כספית גדולה אפשר לפזרה על-פני שוק גלובלי. לפיכך גם במקרים שבהם אין הצדקה כלכלית לייצורו של תוכן בשוק המקומי בשל מיעוט המעוניינים, יהיה אפשר לייצרו ברשת גלובלית המאפשרת הפצה יעילה ברחבי העולם. שליטתם הכלכלית של מתווכי התוכן (כמו מוציאים-לאור, שדרנים ומפיצים) בשוק התוכן נובעת בין השאר מהעלויות הגבוהות הכרוכות בהפקת תוכן והפצתו.<sup>5</sup> ההשקעה הגבוהה הכרוכה ברכישתם ובהפעלתם של אמצעי דפוס או מערכות שידור יצרה צוואר-בקבוק טבעי והבטיחה כי מתווכי התוכן ייהנו משליטה על זרימת המידע ויקבעו מהם המסרים שיופצו בציבור.

4. הזכות להשתמש בערוצי השידור הציבוריים המצויים במחסור יוצרת חובת נאמנות. ראו סעיף 4 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ס"ח 106, הקובע כי "הרשות תבטיח כי בשידורים ייתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור ותשודר אינפורמציה מהימנה". כן ראו בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365 ("זכותו של הכלל היא, כי תשמר חירות הביטוי בכלי התקשורת - הרדיו והטלוויזיה - וכי כלים אלה יופעלו בדרך ובאופן שיש בהם כדי לקיים חירות זו הלכה למעשה" (השופט שמגר, שם, 378)); בג"ץ 399/85 כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מא (3) 255 (השופט ברק ציין, כי "...חובתה של רשות השידור בחברה הדמוקרטית לא רק לשדר חדשות באופן מלא ואובייקטיבי אלא גם ליתן ביטוי לדיעות ולהשקפות של זרמי הציבור" (שם, 269)); בג"ץ 3472/92 ברנד יוסף ואח' נ' שר התקשורת ואח', פ"ד מז (3) 143 (השופט נתניהו ציינה, כי תפקיד הטלביזיה אינו רק לשמש דובר, אלא גם במה לדעות שונות ומגוונות (שם, 151)); כמו-כן ראו דפנה ברק, "חופש הגישה לאמצעי התקשורת - איוון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי", עלי משפט יב (תשמ"ט) 183, עמ' 196-201. לדיון כללי בסוגיית חופש הביטוי בטלביזיה ראו עמיר ליכט, "טלוויזיה בכבלים בישראל - זירה חדשה להתמודדות בסוגיית חופש הביטוי", עיוני משפט טז (תשנ"א) 97. לדיון בהגבלות על חופש הביטוי בעיתונות המודפסת ובתקשורת המשודרת בישראל ראו יובל קרניאל, "חופש הביטוי באינטרנט", עלי משפט א (תש"ס) 163, עמ' 167-174. מעניין לציין, כי בהקשר של תקשורת לוויינים, הביעו כמה חברי-כנסת חשש מהדירתה של טכנולוגיה זו, בין השאר משום שתקשורת לוויינים אינה מאפשרת פיקוח על השידורים, כפי שנעשה לגבי שידורים על-פי חוק. ראו דברי המבוא להצעה לתיקון חוק הבוק (תיקון מס' 6), תשמ"ח-1988. עוד על סוגיית שידורי הלוויין ראו יצחק מלכו, דב אברמוביץ ומרתה פרדמן, "היבטים משפטיים של שידורי לוויין בישראל", הפרקליט מ (תשנ"ב) 287.

5. ראו: Yochai Benkler, "Coase's Penguin, or, Linux and The Mature of the Firm", forthcoming 112 Yale L. J. (2002-03).

ההפצה ברשת עשויה להחליש את כוחם הריכוזי של מתווכי התוכן, שכן היא מאפשרת תקשורת ישירה בין יוצרים למשתמשים, בין הדוברים לציבור הרחב.<sup>6</sup> אפשרות זו פותחת פתח להתפתחותם של מודלים חדשים ליצור תוכן ולהפצת מידע. היעדרו של צוואר־בקבוק עשוי לעודד זרימת מידע מבוזרת המשוחררת ממערכת השיקולים של מנגנון היררכי וריכוזי. השאלה איזה תוכן ליצור או אילו ידיעות לפרסם נתונה בידיהם של הדוברים עצמם ואיננה מתווכת על־ידי ארגוני־על.<sup>7</sup> יכולת הפצה ביוזרת עשויה אפוא לגוון את סוג המידע הנגיש לציבור, שכן היא פתוחה לכול ומאפשרת גם לפרטים ולארגונים חסרי־אמצעים להשמיע את קולם וליטול חלק בשיח הציבורי. חסמי הכניסה לאינטרנט נמוכים. פרסום ברשת (למשל: בפורום, בצי"ט או באתר־בית) כרוך בעלויות זניחות בלבד ולכן יותר משתתפים יכולים לקחת חלק בשיח (גם עלות הקמתו של אתר באינטרנט נמוכה באופן ניכר מעלות ההוצאה־לאור של עיתון. במצב זה מצטמצמת התלות ברייטינג או בשוק הפוטנציאלי המקומי כתנאי להוצאה־לאור או להפקת תוכן).<sup>8</sup> הדבר משפיע כמובן על הפלורליזם והמגוון בתוכן המיוצר והמופץ. מקורות התוכן ברשת עשויים להיות רבים ומגוונים. מבחינה טכנית כל משתמש יכול לפרסם ברשת ככל העולה על רוחו. כך, ידיעות ודעות אשר ספק אם היו עוברות את מסננת העריכה של בתי ההוצאה־לאור, עורכי החדשות או מפיקי תוכניות־הבידור, הופכות לפתע זמינות ברשת ונגישות לכל.<sup>9</sup>

6. עם זאת אפשר לטעון, כי הרשת לא החלישה את מעמדם של מתווכי התוכן, אלא רק שינתה אותו. גודש המידע יוצר תלות בסוג חדש של מתווכים המסייעים באיתור המידע, בסיווגו ובעריכתו. מתווכים אלו (פורטלים גדולים ומנועי־חיפוש) ממלאים תפקיד מרכזי בסביבה הדיגיטלית. ראו דיון להלן, בסעיף 2. גם קרניאל מזכיר כמה גורמים בעלי השפעה של ממש על הרשת ועל אופיה, ביניהם חברות המספקות את התוכנות המרכזיות ברשת (תוכנות הגלישה ומנועי־חיפוש) וספקי השירות. ראו קרניאל (לעיל, הערה 4), 165. עם זאת, מנקודת־המבט של השיח החברתי, חשיבותם של המתווכים המסננים שונה מזו של מפיצים ושדרנים בסביבה הלא־דיגיטלית. בעוד האחרונים בעלי תפקיד כפול הן של בוררי מידע הן של ספקי מידע, מנועי־חיפוש המאחרים מידע מקוון פועלים אך ורק כמסננת לזיהוי מידע רלבנטי ולאיתורו. המידע עצמו זמין לכול, ולמשתמשים נתונה הבחירה להיעזר בשרותי המתווכים או להגיע למידע באופן עצמאי. גם זמינותם של מנועי־חיפוש ואמצעי־סינון המאפשרים התאמה אישית עשויה להחליש את שליטתם של מתווכי התוכן באמצעי הפצת המידע.

7. לדיון בהיבט זה ראו: Michael Heim, *Electric Language: A Philosophical Study of Word Processing* (Yale University Press, New Haven, 1987) 219.

8. אם, למשל, בישראל קהילת המתעניינים בשומרונית עתיקה מצומצמת, הסיכוי שיוצא לאור ספר בנושא הוא נמוך. מו"לים יחששו שלא יהיו די קונים לספר ומפיקי טלביזיה יחששו מהיעדר רייטינג. באינטרנט הסיכוי ליצירת קהילות והפצת תוכן, שקהל־היעד שלהן מצומצם, גבוה יותר.

9. דוגמא מרתקת לכך אפשר למצוא בדיווחים על אירועי מבצע "חומת מגן" מאפריל 2002,

יתרה מזאת: תקשורת ישירה בין הדובר לקהלו, עשויה להשפיע על סוג התוכן המיוצר ומגוון העמדות המוצאות את ביטויין, על-ידי נטרול השפעותיו של השוק על המסר המוצא את דרכו לציבור הרחב.<sup>10</sup>

התלות הכלכלית בנותני חסות עלולה להוביל לעתים לצנזורה ישירה של תכנים ומסרים אשר אינם עולים בקנה אחד עם האינטרסים של נותן החסות.<sup>11</sup> נוסף על כך הצורך להבטיח הצלחה בשוק משפיע יותר ויותר על תוכן היצירות והמסרים המופצים. תוכן בסביבה שכזאת אינו משקף עוד ביטוי אוטונומי של יוצריו, אלא מוצר הנוצר במטרה שישווק כמצרך. ככל שההפצה הופכת יקרה יותר, כך גובר הצורך לייצר תכנים הצפויים להניב הכנסות לכיסוי ההשקעה שביצורם ובהפצתם. החזר ההשקעה נעשה באמצעות גביית תשלום עבור עותקים של היצירה, גביית תשלום עבור השימוש ביצירה או מכירת מוצרים נלווים. לכן תינתן עדיפות לתכנים ולמסרים הניתנים לשיווק לקהל-יעד רחב יותר. מוציאים-לאור יעדיפו לפרסם כתבי-יד הצפויים לנחול הצלחה כלכלית ומפיקים יוטו להתאים את עצמם לסטנדרטים המקובלים על ציבור רחב ככל האפשר. גם נותני החסות בטלביזיה דורשים, כי התוכניות תעלנה בקנה אחד עם "טעמו של הציבור" המשתקף בסקרים. דרכי ההפצה המסורתיות מוטות אפוא לכיוון של קונפורמיות במסר. לכאורה אין בכך כל פסול. הביטויים "שוק הדעות" ו"שוק הרעיונות" מבטאים עמדה שלפיה חופש הביטוי, כמו השוק, צריך להתנהל באופן חופשי על בסיס של יזמות פרטית. על-פי גישה זו "שוק דעות" חופשי מהתערבות המדינה מיישם נאמנה את חופש הביטוי. כאשר מוצרי מידע נסחרים בשוק ככל מוצר אחר, משתתפים הצרכנים בעיצוב התכנים הנוצרים על-ידי יצירת ביקוש לתכנים מסוימים ולא לאחרים. כך, למשל, תוכנית טלביזיה פופולרית מבטאת את מה שהציבור רוצה לראות, וספר שנמכר בעותקים רבים קולע לטעמים של רבים, אשר אף שאינם יכולים לבטא את דעתם באופן מקצועי יוכלו למצוא ביטוי לעמדתם בדרך של הזדהות עם התוכן שהם צורכים. על פי גישה זו, הביקוש משפיע על ההחלטה מה לייצר ומה להפיץ ותוך כך נותן ביטוי לרצונו של הרוב.

גישה זו זכתה לביקורת מנימוקים אחדים: ראשית, ביקוש למוצרים במובן הכלכלי איננו משקף חופש ביטוי במובן הדמוקרטי, שכן הבחירה בידי הפרט מוגבלת אך ורק לאותם תכנים ומסרים שהשוק בחר לייצר.<sup>12</sup> תכנים אלו אינם "ביטוי" אלא מצרך, דהיינו:

ובמיוחד על חרושת השמועות שנוצרה בנוגע לאירועים בג'נין. לכתבה בנושא ראו נילור רון, "יום של שמועות", הארץ - קפטן אינטרנט (16.4.02).

10. בית-המשפט היה ער למגבלותיו של שיח ציבורי המנוהל על בסיס של שיקולים כלכליים בלבד. ראו בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח', פ"ד נ (2) 793 (השופט ברק מצביע על החשיבות שבקיום אמצעי-תקשורת ציבורי, שאינו מסחרי ואשר לנגד עיניו עומדים אינטרסים ציבוריים רחבים ולא רק שקולים כלכליים). (שם, 818).

11. לדיון בדוגמאות של "צנזורה תאגידית" מסוג זה ראו נעמי קליין, *No logo*, המטרה: בריוני המותגים (בבל, תשס"ב), 189, עמ' 189-192. ראו גם: Edwin C. Baker, *Advertising and a Democratic Press* (Princeton University Press, Princeton, 1994), 62-66.

12. ראו: Iain Ramsay, *Advertising, Culture and the Law: Beyond Lies, Ignorance*

מוצר חרושת סטנדרטי.<sup>13</sup> העובדה שאדם בחר לרכוש עיתון מסוים איננה ראייה לכך שאותה חבילת תוכן האורות יחד דיווח חדשותי, ניתוחים, עמדות, פרסומות ויצירות אמנות מסוגים שונים משמשת ביטוי לעמדותיו. לכן לא יהיה זה ראוי להתייחס לביקושים למוצרי תוכן או לרייטינג כאל השתקפותו של הרצון האוטונומי או כאל ביטוי אישי. מעבר לכך, מידע אינו מוצר רגיל, ו"שוק מידע" אינו מתפקד כשוק מוצרים רגיל. מוצרי המידע משפיעים על הביקוש עצמו. יש להם פוטנציאל מניפולטיבי לחזק ביקושים מסוג אחד ולהחליש אחרים. הדבר בולט במיוחד במקרה של פרסומות, אך השפעתו עשויה להיות רבה יותר דווקא במקרה של מסרים עקיפים. כך, למשל, הצפייה בתוכנית טלביזיה איננה מבטאת אך ורק העדפה קיימת, אלא עשויה להבנות העדפות חדשות – מה הצופה ירצה לראות, מי ירצה להיות, מה יחשוב ומה יחפוץ. לכן כוח ריכוזי בשוק התוכן עלול להיות בעל השפעה רבה מאוד בעיצוב העדפות וסדרי עדיפויות.<sup>14</sup>

בשוק תוכן ריכוזי נקבע ההיצע על-ידי מספר מצומצם של חברות השולטות בשוק התוכן. ריכוזיות בשוק התוכן מפקידה את השליטה באמצעי-ייצור ובהפצת התוכן בידי מספר מצומצם של גופים כלכליים גדולים, הנהנים מיתרון ניכר במתן ביטוי לעמדות המתיישבות עם האינטרסים שלהם. ריכוזיות בבעלות ובשליטה על תכנים עשויה לצמצם פלורליזם בביטוי ולהוביל לכך שהגיוון בסוגי התכנים הנוצרים יהיה שולי ואף חסר-משמעות.

תקשורת ישירה בין דוברים עשויה לסייע בשחרור תהליכי ההפקה והיצירה של תוכן מן התלות בנותני חסות כלכליים ובכך לסייע ביצירת שיח פלורליסטי המעניק מרחב ביטוי לפרט. באמצעות החלשת כוחם של המתווכים עשויים אמצעי-ההפצה הדיגיטליים לסייע לפרט, כמו גם לקבוצות קטנות, להשמיע את קולם בפני הציבור הרחב. לכן השירותים המקוונים עשויים להוות מרכיב חשוב בעיצוב השיח החברתי. הדבר נכון גם במצב שבו התקשורת ברשת איננה מחליפה את אמצעי-התקשורת, אלא מספקת נתיב חלופי להעברת מידע וליצירת תוכן בצד אמצעי-התקשורת המסורתיים.

#### 1. כיצד מבנה הכלל המשפטי את השיח

הרשת היא אפוא זירה טבעית להתפתחות שיח מבוזר המאפשר למשתתפים רבים להתבטא באופן עצמאי וישיר במעין "הייד פארק" וירטואלי. מימושו של פוטנציאל הביזוריות

<sup>13</sup> *and Manipulation* (Sweet & Maxwell, London, 1996), 37. ראו נעמי קליין (לעיל, הערה 11), 186-187.

<sup>13</sup> לתפיסה זו של תעשיית התרבות ראו: Theodor Adorno and Max Horkheimer, "The Cultural Industry: Selected Essays on Mass Deception", *The Cultural Studies Reader* (Simon During - ed., Routledge Inc., London, 1993), 29-43.

<sup>14</sup> לדיון בהיבט עתיק יומין זה של עולם התוכן והשפעתו המעגלית ראו: Walter Benjamin, "The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction", *Illuminations* (Hanna Arendt - ed., Schocken Books, New York, 1968), 217.

בשיח תלוי כמובן בגורמים נוספים המשפיעים על התנהגות המשתמשים ברשת ומחוצה לה. למשפט תפקיד חשוב בעיצוב היחסים שבין משתמשיה השונים של הרשת, שכן הוא מסדיר התנהגות באופן ישיר. דוגמא לכך היא השפעתן של הנורמות המשפטיות המטילות אחריות בגין פרסום תוכן שגרם לנזק.

כאשר "כל אחד יכול להיות דובר", רבים מהתכנים המופצים ברשת עלולים להיות בעלי אופי מזיק, למשל: פגיעה בפרטיות, הפרת זכות יוצרים, הוצאת דיבה, עבירה על חוקי הצנזורה, הפצת חומר הסתה ותועבה וכדומה. חופש הביטוי איננו בלתי-מוגבל, והדובר שהוציא לשון הרע, או שבדבריו פגע בפרטיות רעהו, יהיה כמובן האחראי הישיר לנזק שגרם. השאלה המורכבת יותר היא, האם לצד אחריותו של המזיק הישיר יש להטיל אחריות גם על מתווכי התוכן החדשים – מנהלי פורומים, בעלי-אתרים או ספקי גישה לאינטרנט. ספקי השירות למיניהם (או באנגלית: Online Service Providers)<sup>15</sup> משמשים כתובת אטרקטיבית לתביעות משפטיות בגין הנזק שנגרם עקב תוכן שהופץ בידי משתמשים. הסיבות לכך ברורות:<sup>16</sup> ראשית, תהליך זיהוי המשתמש המזיק עלול להיות יקר וממושך.

15. בעבר היתה נהוגה ההבחנה בין ספק-גישה, המספק גישה לרשת האינטרנט, בין ספק-שירות המספק את שירותי המחשב, שבאמצעותם מועבר המידע. בשנים האחרונות, עקב התלכדותם של שירותי התקשורת והתוכן היטשטשו הגבולות בין סוגי הספקים השונים, והבחנה זו הפכה פחות רלבנטית. ה-17 U.S.C. Digital Millennium Copyright Act §512(k)(1)(A) למשל, מגדיר ספק שירות באופן רחב כדלקמן:

"A Service provider means an entity offering the transmission, routing or providing of connections for digital online communication between or among points specified by a user of material of the user's choosing without modification to the content of the material as sent or received".

נימר סובר כי הגדרת ה-DMCA רחבה מאוד ועשויה לכלול כל ישות המאפשרת גישה לרשת, כמו, למשל אוניברסיטה. ראו: Melville B. Nimmer, On Copyright, (Bender & com. Inc., New York) §12B.03[B][1] 17 U.S.C. §512(e)(1) סעיף עוסק בהגבלת אחריותה של האוניברסיטה בפועלה כספק-שירות ראו: Nimmer, On Copyright, §12B.06[C], בדירקטיבה האירופאית מוגדר ספק-שירות: "service provider": any natural or legal person providing an information society service" 2000/ 31/ EC Directive, Article 2, (b) "information society service" מוגדר כמגוון פעולות כלכליות המתרחשות על גבי רשת האינטרנט, למשל מכירת סחורה או העברתה. ראו: 2000/ 31/ EC Directive, Article 2, (a).

16. לדיון בטעמים בעד הטלת אחריות על ספקי-שירות ונגדה ראו: Niva Elkin-Koren, "Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators", 13 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (1995), 345 לעניין זה ראו גם רחל אלקלעי, "אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק", המשפט ו תשס"א) 151, עמ' 159-160.



בעוד שמנהל האתר או ספק האינטרנט הם עסק פעיל הניתן לזיהוי ולאיתור בקלות ייחסית, המשתמש היחיד עלול להיות אנונימי. כך, למשל, גולש המוציא את דיבתו של אחר בפורומים פתוחים יכול להזדהות בשם בדוי, להסוות את זהותו ולהקשות על איתורו. משום כך מבחינה כלכלית זול יותר להגיש תביעה נגד ספק השירות מאשר נגד המשתמש אשר פגע בזכויות התובע. שנית, בעל-האתר או ספק-הגישה הם בדרך-כלל "כיס עמוק", וסיכויי של הנפגע להיפרע ממנו בגין הנזק שנגרם גבוהים יותר מאשר סיכויי לקבל פיצוי ממזיק אנונימי. לבסוף, בעל-האתר או ספק-הגישה יהיה במקרים רבים מונע הנזק היעיל ביותר מבחינה כלכלית. הוא מצוי בעמדה המאפשרת לו למנוע באופן אפקטיבי את הישנות המקרה על-ידי חסימת הגולש או ניתוקו מן השירות. זאת ועוד: החשש מפני השיפה לתביעות משפטיות בגין תוכן מזיק עשוי להמריץ גורמים מתווכים לנקוט אמצעי סינון ועריכה שיגבילו הפצת תכנים העלולים להזיק ובכך לצמצם את חשיפתם המשפטית.<sup>17</sup>

מבחינת הראייה הציבורית הכוללת קיים אינטרס מובהק למנוע, או לפחות לצמצם, את הפעילות המזיקה.<sup>18</sup> שיקולים כלכליים עשויים להצדיק הטלת אחריות על ספקי-שירותים בגין נזק שנגרם על-ידי משתמשי השירות, שכן ספק-השירות יוכל לפזר את הנזק בצורה היעילה ביותר בין ציבור הגולשים באמצעות דמי השימוש שהוא גובה. מבחינה מוסרית אפשר במקרים מסוימים לראות בספק-השירות מפעיל עסק העלול להזיק ולפיכך נושא באחריות לפעילות לקוחותיו אשר גרמו לנזק.

17. שיקול זה הניע מוציאים-לאור גדולים, כגון יצרניות של משחקי-מחשב או חברות-התקליטים, להגיש תביעות אסטרטגיות כנגד ספקי-שירות למיניהם בגין הפרת זכויות יוצרים בידי המשתמשים. ראו: *Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d A&M

(2001) 1004 (לדיון בפרשת נפסטר, ראו להלן, הערות 64-60 והטקסט שלידן); *Playboy Enterprises, Inc., v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (1993) (לדיון בפסק-הדין בפרשת פליבוי, ראו להלן, הערה 35, והטקסט שלידה); *Sega Enterprises Ltd., v. Maphia* 948 F. Supp. 923 (1996) (לדיון בפרשת סאגה ראו להלן, הערה 36).

18. כך, למשל, לעניין הפרת זכות יוצרים נטען כי בשל קלות ההעתקה באינטרנט התרתו של המשך ההפרה עלול לפגוע קשות בתמריץ היוצרים ליצור יצירות חדשות, והללו עלולים להימנע מלהשקיע ביצירתן. הטלת אחריות על ספקי-שירות בגין הפגיעה בזכות היוצרים היא הדרך הבטוחה ביותר למנוע פגיעה חמורה זו. לדיון בטענה זו ראו: Alfred C. Yen, "A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining", 26 *Dayton L. Rev.* 247, p. 253 (2001) (יין דוחה את הטענה שלפיה הטלת אחריות בגין הפרת זכות יוצרים על נפסטר הכרחית כדי להגן על האספקה וההפצה של תקליטורי מוסיקה. עם זאת, המחבר מצמצם את מסקנותיו לנסיבות הספציפיות של פרשת נפסטר וטוען, כי יש לבחון את שאלת הטלת אחריות על ספקי שירות בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה, אך תוך התחשבות בניחות הכלכלי).

מנגד, הטלת אחריות על ספקי-השירותים, למשל, בגין פרסום תוכן מזיק בידי משתמשים עלולה להוביל ליצירתם-מחדש של מוקדי כוח ושליטה ברשת ולהכשיל את מגמות הביזור שבהן טמון יתרונה של הרשת לקידום השיח הציבורי.<sup>19</sup> כך, למשל, הטלת אחריות על מנהל-אתר בגין לשון הרע, שהוצאה בידי משתמש בפורום, הופכת אותו לעורך בעל-כורחו, שכן על מנת להפחית את החשיפה המשפטית יאלץ בעל-האתר להפעיל מערכת סינון ועריכה ולמנוע פרסומם של תכנים שנויים במחלוקת.

למותר לציין, כי יצירתה ותפעולה של מערכת סינון ועריכה שכזו קשה מבחינה מעשית בשל כמות המסרים האדירה ותדירותם. במובן זה שונה תפקידם של מתווכי המידע האינטרנטיים מזה של עורכי העיתונים. בכל הנוגע לשירותים האינטראקטיביים מתווכי המידע משמשים צינור להעברת מסר ובימה וירטואלית לדוברים אחרים. בהשוואה למוסד הוותיק של "מכתבים למערכת", היוצר בימת ביטוי מצומצמת גם עבור הקוראים, אופיה האינטראקטיבי של הרשת מאפשר למשתמשים רבים להתבטא במסות גדולות ובזמן אמיתי. הכמות והתדירות יוצרים שוני איכותי.<sup>20</sup>

אכיפתם של כללים שונים מחייבת רמות מעקב וסינון שונות. בעוד שהגבלות מסוג אחד ניתנות ליישום בקלות-יחסית, שכן הן ברורות ונראות לעין – כמו, למשל האיסור הקשור בהפצת חומר פדופילי<sup>21</sup> – איתור ביטויי הסתה מקוונים ידרוש רמות גבוהות יותר

19. ראו אלקין קורן (לעיל, הערה 16). אך ראו יובל קרניאל (לעיל, הערה 4) (לדעתו, אופיה המבוזר של רשת האינטרנט, העלות הנמוכה של יצירת מסרים והעברתם, האינטראקטיביות של הרשת והיותה בינלאומית מקטינים את החשש מפני ריכוז שליטה בתכנים ומונופולין. לפיכך אין צורך ביצירת כללים מיוחדים למדיה זו, ודי ביישום הדין הכללי).

20. סוגיה זו התעוררה במשפט הישראלי בהקשר של שידורי-המשנה המבוצעים על-ידי חברות הכבלים בפרשת ע"א 2173/94 *TELE-EVENT Ltd.* נ' ערוצי זהב ושות' ואח' פ"ד נה (5) 529. לאחרונה החליט בית-המשפט העליון לקיים דיון נוסף בעניין זה. ראו דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' ואח' נ' *TELE-EVENT Ltd.* (טרם פורסם).

21. רגולציה של חומר פדופילי כפופה לביקורת שיפוטית במסגרת התיקון הראשון לחוקה. עם זאת, בית-המשפט האמריקני הכיר בזכות המדינה להסדיר ביטויי מין המערבים ילדים. ראו: *Osborne v. Ohi*, 495 U.S. 103; *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982) (1990). אולם ניסיונותיו של הקונגרס האמריקני להטיל אחריות על ספקי-שירות בגין הפצת חומר תועבה נפסלו על-ידי בית-המשפט האמריקני בנימוק כי יש בהם משום הגבלת-יתר על חופש הביטוי. ראו: *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997) (להלן: פרשת רנו). בית-המשפט קובע כי סעיפים 223(a) ו-223(d) ל-Communications Decency Act of 1996 (CDA) 47 U.S.C., האוסרים העברה, משלוח ביודעין של הודעות לא-צנועות או פוגעות באופן ברור לקטינים מתחת לגיל 18 או חשיפתם של קטינים להודעות אלו – מעורפלים ומגבילים יתר על המידה את זכות-היסוד לחופש ביטוי המוגנת בתיקון הראשון לחוקה. זאת משום שכדי לשלול מקטינים גישה לדיבור מזיק פוטנציאלי מדכאים מרחב גדול ביותר של ביטוי שלמבוגרים הזכות החוקתית לקבל זה מזה ולשלוח זה לזה. בניסיון לתקן את הפגמים שמצא בית-המשפט ב-CDA בפסק-הדין בפרשת רנו, נחקק

של התערבות והפעלת שיקול־דעת ומומחיות משפטית. כמו־כן הקביעה האם יצירה כלשהי מוגנת בזכויות יוצרים והאם שימוש מסוים ביצירה הוא הפרה של זכות היוצרים עלולה לעורר שאלות משפטיות מורכבות המחייבות מומחיות, בעיקר בשעה שהיקף תחולתם של דיני זכויות היוצרים באינטרנט כרוך בעמימות משפטית ושנוי במחלוקת. לבסוף חשוב לזכור, כי בהיעדר גבולות טריטוריאליים לרשת האינטרנט, ישנה עמימות וחוסר־ודאות בנוגע לכללים המשפטיים החלים על הפעילות ברשת. האם ספק השירות מחויב בכללים המשפטיים החלים במדינה שבה הוא רשום? במדינות שבהן הוא פועל? ובכל מדינה שבה מצויים גולשים המשתמשים בשירות? כך, למשל, חוקיה של איזו מדינה יחולו במקרה של הפצת חומר תעמולה נאצי העלול לשמש חומר הסתה בלתי־חוקי על־פי חוקי מדינה אחת, בעוד שעל־פי המצב החוקי במדינה אחרת עצם האיסור הגורף על הפצת חומר זה הוא הגבלה בלתי־חוקית על חופש הביטוי. סוגיה זו נדונה בעניין *Yahoo!*, כאשר החברה האמריקנית *Yahoo! Inc* נתבעה בצרפת בגין מתן גישה לאתרים העוסקים במכירת מזכרות נאציות. בית־המשפט הצרפתי חייב את החברה למנוע את הגישה מאזרחי צרפת לחומרים נאציים המוצעים למכירה באתרי המכירה הפומבית אליהם מאפשרת החברה גישה. בעקבות פסק־הדין פנתה החברה לערכאות בארצות־הברית. בית־המשפט האמריקני פסק כי אכיפת פסק־הדין הצרפתי בארצות־הברית תסכן את זכותה החוקתית של יאהו לחופש ביטוי.<sup>22</sup>

ה- (47 U.S.C. §231) (1998) Child Online Protection Act (COPA). בפסק־הדין *ACLU v. Reno*, 217 F.3d 162 3<sup>rd</sup> Cir. (2000) נפסלה חוקתיות ה-COPA והוצא צו־מניעה כנגד כניסת החוק לתוקף. בית־המשפט העליון האמריקני קבע כי הטעם לפסילה שגוי, אולם הותיר את צו־המניעה על כנו והורה לערכאה קמא להמשיך ולדון בטעמי פסילה נוספים. ראו: *Ashcroft v. ACLU*, 535 U.S. 564 (2002). ראו גם: *Ashcroft v. The Free Speech Coalition et al.*, 122 S. CT. 1389 (2002) פסק כי §2256 (18 U.S.C.) (COPA) האוסר הצגת מגוון דמויות מיניות ברורות, שנראה כי מתארות קטינים, אך הופקו באמצעים אחרים ולא תוך שימוש בילדים אמיתיים (למשל: דמויות ממוחשבות) - מנוסח באופן מעורפל, רחב יתר על המידה ופוגע בזכות־היסוד לחופש ביטוי).

22. *Yahoo! Inc.* היא חברה המאוגדת ורשומה במדינת דלוואר שבארצות־הברית. *France*, *Yahoo! Inc.* היא שלוחה של החברה האמריקנית. בית־המשפט הצרפתי חייב את *Yahoo! Inc.*, למנוע את גישת אזרחי צרפת לחומרים נאציים המוצעים למכירה פומבית באתר המכירות הפומביות של *Yahoo! Inc.* ולשלוח הודעה לכל אזרחי צרפת דרך *Yahoo France*, המזהירה כי חיפוש באתר *Yahoo! Inc.* עלול להוביל לאתרים הכוללים חומר אסור לפי החוק הצרפתי. ראו: *Licra and UEJF v. Yahoo! Inc. and Yahoo! France* unoffical English translation (Country Court, Paris, 20.11.2000) נמצא ב: [url:http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm](http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm) (נבדק לאחרונה במאי 2002) להחלטת בית־המשפט האמריקני לפיה אכיפת הפסיקה הצרפתית בארצות־הברית מסכנת את זכותה החוקתית של *Yahoo Inc.* לחופש ביטוי לפי התיקון

לכלל המטיל אחריות על ספקי-שירות ברשת עלול להיות "אפקט מצנן". אפקט זה נובע קודם-כל מן התמריץ שיוצרת האחריות המשפטית להפעלתה של צנזורה עצמית. כאשר ספקי-השירות צפויים לחוב בגין הודעות המועברות דרכם, הם יבקשו להגביל באופן ניכר את המסרים והתכנים אשר ניתן יהיה להעביר באמצעות השירות.<sup>23</sup> כלל המטיל אחריות על ספקי-השירותים למיניהם מחייב מעקב מתמשך אחר המשתמשים ברשת וכן עיון וסינון המידע שהם מבקשים להפיץ. מעקב זה עשוי להגביל בסופו של דבר את חופש הגישה של הציבור למידע. באחת הפרשיות הראשונות שעסקו באחריות ספקים בסביבה המקוונת, דן בית-המשפט האמריקני (בעניין *Cubby*)<sup>24</sup> בהשלכות הצפויות בעקבות הטלת אחריות על ספקי-שירות בגין לשון הרע שפורסמה על-ידי אחד ממשתמשי הפורום המנוהל על-ידו. בית-המשפט ערך השוואה בין אחריותו של ספקי-השירות לאחריותם של מוכרי ספרים בגין תוכן הספרים שהם מוכרים. בית-המשפט ציין, שיהיה זה בלתי-סביר לחלוטין לדרוש כי מוכר ספרים יהיה מודע לתוכנם של כל של הספרים המצויים בחנותו. בית-המשפט הוסיף, כי העול שיוטל על מוכרי הספרים יהיה עולו של הציבור כולו, שכן אם תוכנם של חנויות ספרים ושל דוכנים המוכרים כתבי-עת יוגבל לחומרים אשר עברו בדיקה וחקירה, כאמור, תוגבל גישתו של הציבור לחומר קריאה.<sup>25</sup> אחריות משפטית עלולה לעודד ספקי-שירות ליטול חלק פעיל יותר בבחירת המידע שיופיע ברשת ובעריכתו. כמו-כן צפויים ספקי-השירות למנוע גישה למקורות מידע

הראשון לחוקה ראו: *Yahoo Inc., v. La Ligue Contre Le Racisme Et*, 169 F. Supp. 2d, 1181 (2002). בעיה דומה עלולה להתעורר בקרוב בעניין קאזה. בית-המשפט לערעורים באמסטרדם, הולנד, קבע לאחרונה כי התוכנה אינה מפרה זכויות יוצרים. תעשיית המוסיקה בארצות-הברית מתנגדת לפסיקה זו ויוצאת כנגד איכפתה בארצות-הברית. ראו: *Brad Kinj, "The KazaA Ruling: What It Means"*, *WIRED* (2/04/2002) <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,51457,00.html> (נבדק לאחרונה במאי 2002). לתרגום פסק הדין לאנגלית ראו: *Kazaa B.V. v. Buma & Stemra*, Amsterdam Court of Appeal (Mar. 28, 2002) [url:http://www.eff.org/IP/P2P/BUMA\\_v\\_Kazaa/20020328\\_kazaa\\_appeal\\_judgment.html](http://www.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html) (נבדק לאחרונה בנובמבר 2002) (להלן: פרשת קאזה).

23. *Zeran v. America On-Line, Inc.* 129 F. 3d 327, 331 4<sup>th</sup> Cir. (1997).
24. *Cubby v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135 S.D. N.Y. (1991) (להלן: פרשת קאבי). הנתבע, ספקי-השירות CompuServe, סיפק למנוייו גישה למגוון פורומים. התובעת טענה, כי בפורום החדשות פורסם חומר המכיל לשון הרע כנגדה. בית-המשפט קיבל את עמדת הנתבע כי פעל כמפיץ ולא כמוציא-לאור ועל-כן, בהיעדר הוכחה כי ידע או שהיה עליו לדעת על החומר המכיל לשון הרע, אין בסיס לתביעה. גם כאן הונעה פסיקת בית-המשפט על-ידי הרצון להגן על חופש הביטוי ועל זרימה חופשית של מידע, תוך הכרה בקושי האובייקטיבי לפקח על המסרים המועברים ברשת האינטרנט בשל כמותם ותדירותם.
25. פרשת קאבי (לעיל, הערה 24), 139-140, (מצטט את פסק-דין: *Smith v. California*, 361 U.S. 147, pp. 152-153 (1959)).

בלתי־ידועים או שלא הוסכמו מראש, ולצמצם או לבטל את השירותים האינטראקטיביים, שכן הללו כרוכים בסיכון. כלל המטיל אחריות על ספקי־שירותים יגביל אפוא לא רק את גישת הציבור למידע, אלא גם את נגישותם של אמצעי ביטוי ובימות הפתוחות למשתתפים מן הציבור הרחב. כלל משפטי כזה מעודד התקשרות עם ספקי תוכן מקצועיים אשר ביכולתם לשאת באחריות לתוכן אותו הם מספקים. במלים אחרות: התוצאה של הטלת אחריות על ספקים עלולה להיות צינור השיח הציבורי המבוזר.

האפקט המצנן קשור גם בהשלכות הכלכליות של הטלת אחריות משפטית, כאמור, על ספקי־שירות. החשיפה המשפטית עלולה להגדיל במידה ניכרת את העלויות הכרוכות בהפעלת שירותים ברשת. היא מחייבת הקמת מנגנון סינון ועריכה, מחייבת ייעוץ משפטי שוטף, והתדיינויות משפטיות שעלותן גבוהה. התפתחות כזו צפויה כמובן לצמצם את מספר ספקי־השירותים, וכפועל יוצא את מספר הבימות הפתוחות לדוברים השונים. פוטנציאל האחריות המשפטית, כמו גם עלויות המעקב והייעוץ המשפטי, צפויים לייקר את מחירי השירותים שלא לצורך. הדבר צפוי לייקר את עלות הגישה למידע ולאמצעי ביטוי ולצמצם את מספר המשתמשים הפוטנציאליים. העלויות הגבוהות עלולות להשפיע גם על אופי הגופים שיוכלו להמשיך ולספק בימה וירטואלית לדוברים ברשת. ככל שהעלויות גבוהות יותר, כך אפשר לצפות שרק גופים בעלי חוסן כלכלי ראוי לשמו יוכלו לשאת בהן. כלל משפטי המטיל על ספקי שירות אחריות לנוק שנגרם בידי משתמשיהם, עלול אפוא לעודד מגמות של ריכוזיות בשיח האינטרנטי ולצמצם את פוטנציאל הביזוריות של הרשת.

## 2. תמונת מצב משפטית

מכלול השיקולים שנדון לעיל הביא את המחוקק האמריקני ואת נסחי הדירקטיבה האירופאית לנסח כללים המסדירים את אחריותם של ספקי־שירותים ומגדירים את הנסיבות שבהן יהיו פטורים מאחריות לתוכן שמקורו במשתמשים. את התפתחותם של הסדרי הפטור יש להבין לנוכח המציאות המשפטית שאפשרה הטלת אחריות בגין נזק שנגרם מפרסום תוכן לא רק על האחראי הישיר לתוכן, אלא גם על גורמים שסייעו בהפצתו. בשנות התשעים, כאשר החלו להגיע לבתי־המשפט תביעות כנגד ספקים בגין הפצת תוכן מזיק שמקורו במשתמשים, החילו בתי־המשפט את עקרונות דיני הנזיקין, זכויות היוצרים, והמשפט הפלילי – הכול לפי העניין. כך, למשל, בכל מה שנוגע לאחריות בגין הוצאת לשון הרע החילו בתי־המשפט האמריקניים את ההבחנה המסורתית בין אחריות של מוציא־לאור החב באחריות מוחלטת בגין לשון הרע שפרסם ובין אחריותו של מפיץ, המוגבלת אך ורק לנסיבות שבהן ידע או היה עליו לדעת על לשון הרע. בעקבות פרשת *Prodigy*,<sup>26</sup> שבה נקבע כי ספק חב בסטנדרט האחריות המוחלטת החל על

26. ראו: *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, 1995 N.Y. Misc. Lexis 229. (להלן: פרשת פרודגי). מנוי פרסם הודעה משמיצה באופן אנונימי באחד מהפורומים המנוהלים על־ידי ספקית האינטרנט Prodigy, הנתבעת. בית־המשפט פסק, כי בשל מדיניות

מוציאים-לאור, חוקק הקונגרס האמריקני את סעיף 230 ל-Communications Decency Act of 1996 (CDA).<sup>27</sup> סעיף זה קובע כי ספק-שירותים אינטראקטיביים לא ייחשב כמוציא-לאור או כדובר של מסר אשר מקורו בספק תוכן אחר.<sup>28</sup> לפיכך ספק השירות לא יהיה אחראי בנוזיקין בגין חומר פוגע שפורסם בידי המשתמש בשירות.<sup>29</sup>

בשורה של פסקי-דין פסקו בתי-המשפט האמריקנים, כי מטרת הסעיף היא לעודד את ספקי השירות לנקוט אמצעים של הסדרה עצמית של חומר פוגע המופץ באמצעות השירות אותו הם מספקים. הואיל והדוקטרינות הנוזיקיות המסורתיות מאפשרות להטיל אחריות על ספקי-השירות שנטלו על עצמם תפקידי סינון ועריכה, נוצר תמריץ שלילי לנקיטת פעולות אלה. ספקי-השירות עלולים לחשוש שמא פעולות העריכה יהפכו אותם בעיני החוק ל"מוציאים-לאור" והם יחובו על פי סטנדרט האחריות המוגבר. הפטור מאחריות נועד, אם כן, לעודד שימוש וולנטרי באמצעי סינון. בפסק-הדין בעניין *Zeran*<sup>30</sup> דן בית-המשפט בתביעה כנגד ספקית השירות (America On-line, Inc. (AOL)), לאחר שזו נכשלה בחסימתן ובהסרתן של הודעות אשר התפרסמו בשמו של התובע ושיבחו את הפיגוע שהתרחש בבניין הפדרלי באוקלהומה. ההודעות כללו את מספר הטלפון של התובע והזמנה לציבור ליצור קשר עם מספר זה כדי להביע תמיכה. פרסום זה הוביל להטרדות בטלפון, לרבות איומים על חייו של התובע, והסב לו סבל רב במישור האישי, החברתי והמקצועי. למרות דרישותיו של התובע מ- AOL להסיר את ההודעות המזיקות, לא עשתה ספקית השירות דבר. התובע טען, כי סעיף 230 האמור מעניק חסינות לספקי-שירותים מפני אחריות מוחלטת המוטלת על מוציא-לאור, אך לא ימנע הטלת אחריות כאשר הספק נמנע מלנקוט אמצעים למניעת הנזק גם לאחר שנודע לו על התוכן המזיק. בית-המשפט דחה טענה זו וקבע, כי יש לפרש את החוק פרשנות רחבה וכי המונח "publisher" המופיע בסעיף החוק כולל לא רק מוציא-לאור (publishers), אלא גם מפיצים (distributors). בית-המשפט סבר כי אם ספקי-שירות יחובו כ"מפיצים", הרי שבכל פעם שיודע להם על תוכן העלול לגרום נזק, יהיה עליהם לבדוק בקפידה, אך

הנתבעת שפרסמה את עצמה כרשת המיועדת לכל המשפחה והצהירה כי כל ההודעות הנשלחות לפורום נבדקות על-ידי תוכנה המסירה מלים פוגעות, בחרה הנתבעת במודע ליהנות משליטה על עריכת המידע בפורום ועל-כן חשפה את עצמה לרמת אחריות וזה לזו של יוצר ההודעה עצמו.

27. Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C. § 230.

28. "...No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider" (47 U.S.C. § 230(c)(1)).

29. רחל אלקלעי מבקרת את סעיף 230 הנ"ל וטוענת כי הסעיף אינו מבחין בין ספקי-שירות, המודע לתוכן המסר שהעביר המשתמש, ובין ספקי-שירות שאינו מודע ומעניק אפוא חסינות גורפת מאחריות לכל ספקי-שירות. ראו אלקלעי (לעיל, הערה 16), 171-170.

30. ראו: *Zeran v. America On-Line, Inc.*, 129 F. 3d 327, 330 4<sup>th</sup> Cir. (1997). (להלן: פרשת זרן).

במהירות, את נסיבות פרסום ההודעה ולהכריע האם להסתכן באחריות על-ידי השארת ההודעה או שמה להסירה (ובכך להיחשף לתביעה מצד מפרסם ההודעה). כמות ההודעות העצומה העוברת אצל ספקי-השירותים תהפוך משימה זו לבלתי-אפשרית.<sup>31</sup> בעניין זה פסק בית-המשפט:

"Faced with potential liability for each message republished by their services, interactive computer service providers might choose to severely restrict the number and type of messages posted. Congress considered the weight of the speech interests implicated and chose to immunize service providers to avoid any such restrictive effect".<sup>23</sup>

החסינות שניתנה לספקי-השירות נועדה אפוא, לדעת בית-המשפט, לשמר את אופיה של רשת האינטרנט ולמנוע ככל האפשר אפקט מצנן על חופש הביטוי. בתי-המשפט בארה"ב חזרו על הלכה זו בשורת פסקי-דין.<sup>33</sup>

31. ראו שם, 331: The amount of information communicated via interactive computer services is therefore staggering. The specter of tort liability in an area of such prolific speech would have an obvious chilling effect. It would be impossible for service providers to screen each of their millions of postings for possible problems"; וכן *Blumenthal v. Drudge and America On-Line, Inc.*, 992 F. Supp. 44, 49 (D.D.C. (1998) (להלן: פרשת בלומנטל).

32. עניין זירן (לעיל, הערה 30), 331.

33. בפרשת בלומנטל חזר-בית-המשפט על הלכת זירן הקובעת כי אין מקום להבחין בין מוציא-לאור ובין מפיץ בכל הנוגע לסעיף 230 האמור, ראו פרשת בלומנטל (לעיל, הערה 31), 52. בפסק-הדין נדונה אחריות AOL כספקית-תוכן להודעות המשמיעות את התובע. את ההודעות כתב עיתונאי שהועסק על-ידי AOL במסגרת חוזה, וזו האחרונה פרסמה את הודעותיו. בית-המשפט הדגיש, כי החסינות המוקנית לספקי-השירותים בסעיף 230 חלה גם כאשר לספק תפקיד פעיל בהפיכת המידע לזמין. במילים אחרות: החסינות מפני אחריות נזיקית של ספקי-השירותים חלה גם כאשר מדובר בהסדרה עצמית כנגד דברי תועבה וביטויים פוגעים גם כאשר אותה הסדרה עצמית לא צלחה או לא הופעלה כלל. בפסק-הדין *Doe v. America Online, Inc.*, 122 S. Ct. 208 (2001), דובר באדם, Russel, אשר פיתה שלושה קטינים בני 11, ביניהם בנה של התובעת, ליטול חלק בפעילות מינית זה עם זה ועמו. Russel צילם, הסריט והקליט את הילדים במהלך הפעילות המינית ולאחר-מכן השתמש ב"chat room" של AOL לשיווק ולמכירה של הצילומים. בתביעה שהגישה אמו של אחד הקטינים נגד AOL נטען, כי זו נהגה ברשלנות בהתירה שיווק ומכירה של פונוגרפיית ילדים, תוך ציון שמו של בנה בהודעות. בית-המשפט קבע, כי סעיף 230 ל-CDA מעניק חסינות ל-AOL מפני תביעה זו וגובר על כל חקיקה מדינתית המאפשרת

מעניין לציין, כי התפתחות הדין בנוגע לאחריות ספקים בגין הפרות זכויות יוצרים בארה"ב הייתה שונה לחלוטין.<sup>34</sup> אף שגם בתחום זה עוצבו כללי האחריות תחילה במסגרת סדרת תביעות משפטיות שהוגשו נגד ספקי-שירותים, ולאחריהם בתגובה חקיקתית, האיזון שנקבע בין שיקולי חופש ביטוי ובין הצורך לסייע באכיפת זכויות יוצרים שונה בתכלית.

אחריותם של ספקי-שירות בגין הפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות נדונה לראשונה במסגרת תביעה שהוגשה בראשית שנות התשעים על-ידי *Playboy* נגד מפעיל מסד נתונים אלקטרוני [Bulletin Board Service (SBB)] למנויים, שבאמצעותו יכלו אלה האחרונים לעיין בצילומים שהועלו לשֶׁרֶת ואף להעתיקם ולשמרם במחשב האישי.<sup>35</sup> התובעת טענה כי רוב הצילומים הועתקו מן המגזין שבבעלותה ולכן הם בגדר הפרת זכות יוצרים. בית-המשפט פסק, כי אף שהתמונות המפרות לא הועלו לאתר בידי הנתבע, הוא אחראי ישירות להפצתן. בהמשך נהפכה הלכה זו על-ידי מספר בתי-משפט אשר פסקו, כי אין להטיל על ספקי-השירות אחריות ישירה בגין הפרת זכות יוצרים על-ידי משתמש, אם כי ייתכן שבמקרים אלו תחול אחריות תורמת או אחריות שילוחית.<sup>36</sup> כך, למשל, בפרשת הכנסייה הסיינטולוגית *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Service*, שם נדונה אחריות ספקי-הגישה (Netcom) להפרת זכויות יוצרים בידי משתמש אשר פרסם באינטרנט טקסטים המוגנים בזכות יוצרים של הכנסייה הסיינטולוגית. בית-המשפט פסק, כי אף שספקי-האינטרנט איננה חבה באחריות ישירה

הטלת אחריות על ספקי-השירות בנסיבות זהות. השופט Lewis בדעת מיעוט סבר, כי סעיף 230 ל-CDA (לעיל, הערה 21) אינו מעניק הגנה לספקי-שירות כאשר זה ידע על קיום החומר הפוגע לאחר קבלת הודעה מתאימה, אך לא פעל להסרתו. מגמת בית-המשפט לפטור ספקי-שירות מאחריות בגין לשון הרע המשיכה גם בעניין *Co., Inc. v. America Online* <sup>1</sup>206 F.3d 980 10Inc., *Ben Ezra Weinstein & Co., Inc. v. America Online* <sup>1</sup>206 F.3d 980 10Inc., בפסק-דין זה נפסק, כי סעיף 230 מעניק לנתבע חסינות מפני הטלת אחריות לנזקים, אשר נגרמו לתובע עקב דיווח מוטעה של צד שלישי בנוגע לערך המניה של התובע, כאשר הדיווח נעשה באמצעות השירות של AOL.

34. ראו: 17 U.S.C. § 512.

35. ראו: 1554 (1993) 839 F. Supp. *Playboy Enters. Inc. v. Frena*.

36. ראו, למשל: 948 F. Supp. 923 (1996) *Sega Enterprises Ltd., v. Maphia*. "סאגה" היא יצרנית משחקי-וידאו ממוחשבים. הנתבעים הפעילו שירות (Bulletin Board Service (BBS)), המאפשר למשתמשים להעלות מידע למאגר הממוחשב של השירות ולהוריד מידע ממאגר זה למחשבם האישי. בדרך זו מתאפשרת העברת מידע בין המשתמשים. בין השאר הועברו באמצעות השרת גם קבצי משחקי-מחשב אשר הפרו את זכות היוצרים של סאגה. בית-המשפט פסק, כי אף שהתובעת לא הצליחה להוכיח כי הנתבעים העתיקו ישירות את יצירותיה ועל-כן אין הם אחראים ישירות להפרת זכות יוצרים (שם, 931-932), תחול עליהם אחריות תורמת. בית-המשפט פסק, כי הנתבעים, מפעילי שירות ה-BBS, היו מודעים לפעולות ההפרה ואף שידלו לביצוען (שם, 933).



להפרה, היא עלולה לחוב באחריות תורמת<sup>37</sup> אם ידעה על הפעילות המפרה ואם יש בפעולותיה משום תרומה להתנהגותו המפרה של המשתמש שהפר זכות יוצרים.<sup>38</sup> בית-המשפט הכיר בפוטנציאל הפגיעה בחופש הביטוי בציינו כי הטלת חובת סינון על ספק-השירות עלולה לגרור אפקט מצנן על חופש הביטוי:

"If Usenet servers were responsible for screening all messages coming through their systems, this could have a serious chilling effect on what some say may turn out to be the best public forum for free speech yet devised".<sup>93</sup>

37. ראו: *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services Inc.*, 907 F. Supp.1361 (1995), 1373 (להלן: פרשת נטקום).

38. בפרשת נטקום בית-המשפט פסק, כי נטקום אינה אחראית באחריות שילוחית להפרה, משום שלא הוכח כי נהנתה מיכולת שליטה ופיקוח על פעולות המשתמש המפר ואף לא הוכח כי היה לה אינטרס פיננסי ישיר בפעולותיו המפרות של המשתמש. אדרבה: נמצא כי לא צמחה ל-Netcom כל תועלת כלכלית מההפרה (שם, 1377-1375). באשר לאחריות תורמת, לעומת זאת, נפסק כי אספקת שירות המאפשר הפצה אוטומטית של מסרים בין משתמשים, מפרים ושאינם מפרים, מחזקת את ההנחה כי הספק תרם להפרה (שם, 1375). הלכת נטקום שבה ואושרה בפסק-הדין *Harlan Ellison v. Stephen Robertson, and America Online, Inc.*, 189 F. Supp 2d 1051 (2002) (להלן: פרשת אליסון), שם נדונה אחריותה של ספקית האינטרנט AOL בגין עותק מפר של ספרו של התובע אשר הועתק על-ידי מעריץ לאחת מקבוצות הדיון שברשת האינטרנט (newsgroup). התובע ביקש להטיל אחריות על AOL, ספקית-השירות, בגין שמירת העותק המפר במשך כשבועיים על-גבי שרת המחשב. בית-המשפט פסק, כי על-פי הלכת נטקום יש להטיל אחריות ישירה בגין הפרת זכות יוצרים רק על האחראי לפעולת ההפרה עצמה, ובמקרה זה – המעריץ.

39. ראו פרשת נטקום (לעיל, הערה 37), 1377-1378. בית-המשפט דן בהשלכות לעניין חופש הביטוי כדלקמן:

"While the court agrees that an overbroad injunction might implicate the First Amendment... imposing liability for infringement where it is otherwise appropriate does not necessarily raise a First Amendment issue. ...the court is not convinced that Usenet servers are directly liable for causing a copy to be made, and absent evidence of knowledge and participation or control and direct profit, they will not be contributorily or vicariously liable. If Usenet servers were responsible for screening all messages coming through their systems, this could have a serious chilling effect on what some say may turn out to be the best public forum for free speech yet devised". (שם, שם).

אי הוודאות בדבר היקף האחריות של ספקי-השירות בגין הפרת זכויות יוצרים, כמו גם המחיר הכלכלי הגבוה הכרוך בחשיפה משפטית, יצרו לחץ על בית-המחוקקים לקבוע פטור בחוק מאחריות ספקי-השירות להפרת זכויות יוצרים. אלא שההסדר שהתקבל בסופו של דבר מגביל את אחריותם של ספקי-השירותים אינטראקטיביים לגבי מספר פעולות מצומצם בלבד ומותנה בכך שמילאו את התנאים הנדרשים בחוק.<sup>40</sup> ספק-השירות לא ישא באחריות להפרת זכות יוצרים הנובעת מהעברה, מניתוב, מקישור לחומר מפר או מאחסון זמני של החומר המפר בשרתי המחשב של הספק, ובלבד שמילא אחר הדרישות שבחוק.<sup>41</sup> בין השאר נדרש ספק-השירות לאמץ וליישם באופן סביר מדיניות אכיפת זכויות יוצרים, לרבות טיפול במפרי זכויות יוצרים שיטתיים, יצירת התנאים להפעלתם של אמצעי-אכיפה טכנולוגיים סבירים ומקובלים כדי להגן על יצירות המוגנות בזכות יוצרים, ולאמץ מדיניות "הודעה והסרה" לטיפול בתלונות בדבר הפרת זכות יוצרים.<sup>42</sup>

הדירקטיבה האירופאית על מסחר אלקטרוני משנת 2000 אימצה מדיניות שונה במקצת מזו שהתפתחה במשפט האמריקני. הדירקטיבה מגדירה הסדר כולל בנוגע לאחריות של

40. Digital Millennium Copyright Act (להלן: DMCA), כמפורט בסעיף (d)-(a) 512 (ראו לעיל, הערה 15).

41. סעיפים (d)-(a) 512 מגבילים את אחריות ספקי-השירות לגבי פעולות מסוימות כגון: העברה, אחסון או קישור אל חומר המפר זכות יוצרים, בין השאר, במידה ומוכח כי הספק לא נטל חלק אקטיבי בפעולות אלו. באם לספקי-השירות הזכות והיכולת לפקח על הפעילות באתר, עליו לשכנע את בית-המשפט כי אינו מפיק תועלת פיננסית ישירה מהפרת זכות היוצרים. תנאי נוסף לפטור מאחריות על-פי סעיפים אלו הוא הסרת החומר המפר, על-ידי ספקי-השירות, מיד עם קבלת ההודעה על כך. שאלת תחולתם של סעיפים (d)-(a) 512 נדונה בפרשת אליסון, ובפסק-הדין *Hendrickson v. eBay Inc.*, 165 F. Supp. 2d (2001) 1082.

42. מדיניות "הודעה והסרה" מותנית בראש-דבראשונה בכך שההודעה בדבר קיומה של הפרה תקפה, דהיינו: עומדת בדרישות המפורטות בסעיף (c)(3) 512 U.S.C. 17. מטרת ההודעה היא להניף "דגל אדום" בפני ספקי-השירות. ראו: *Nimmer, On Copyright*, §12B.04[A][1]. (להלן: הערה 15). נמען ההודעה הוא הסוכן שספקי-השירות חייב למנות לשם כך במיוחד. אם ההודעה אינה ממלאת את כל דרישות הסעיף, על ספקי-השירות לנסות וליצור קשר עם המודיע או לנקוט צעדים סבירים במטרה לסייע במילוי כל דרישות הסעיף. ראו: *Nimmer, On Copyright*, §12.04[B]. בתגובה להודעה תקפה על ספקי-השירות למנוע את הגישה לקובץ המפר או למחוק אותו. החוק מעניק הגנה לספקי-השירות שהסיר בתום-לב קובץ או מנע גישה אליו בשל הודעה תקפה. ראו: *17 U.S.C §512(g)(1)*; וכן *Nimmer, On Copyright*, §12B.07. נוסף על כך חייב הספק למסור הודעה למשתמש האחראי לשימוש המפר ולאפשר לו למסור הודעת תגובה. בידי ספקי-השירות הברירה להתעלם מהודעה בדבר הימצאות חומר מפר ולהתגונן כנגד טענת הפרתה של זכות יוצרים מבלי להיעזר בסעיפי חופי-המבטחים המפורטים בסעיף 512. ראו: *Nimmer, On Copyright*, §12B.06[B].

ספקי־שירותים אינטראקטיביים בגין חומר מזיק, אשר הופץ בידי משתמשי השירות שהם מספקים.<sup>43</sup> ההסדר קובע עקרונות למתן פטור לספקים באופן בלתי־לוי בעילת התביעה (כגון הפרת זכות יוצרים, הוצאת לשון הרע, פגיעה בפרטיות). הדירקטיבה מורה למדינות להבטיח, כי לא תוטל אחריות על ספק בבצעו אחת מן הפעולות המנויות בסעיפים 12-14 - "mere conduit",<sup>44</sup> "ingCach",<sup>45</sup> ו־"Hosting"<sup>46</sup> - ובהתקיים התנאים המפורטים בכל סעיף. הפטור מאחריות אין אינו מוגבל לסוג מסוים של ספקים והוא חל על אלא סוגי פעולה המתאפיינים בהעדר שיקול־דעת מצד הספק כאשר לעצם שיגור ההודעה, לבחירת מקבל ההודעה ולתוכן המידע עצמו. במלים אחרות, הפטור יחול כאשר ספק השירות אינו אלא אמצעי פסיבי יחסית, מעין צינור להעברת יצירות מפירות בידי אחרים. הדירקטיבה אינה יוצרת חובה כללית לעקוב אחר מידע שספקי־שירות מעבירים או מאחסנים או להפש באופן פעיל עובדות המעידות על פעילות בלתי־חוקית, בתנאי שהספקים ממלאים אחר התנאים הקבועים בהסדר.<sup>47</sup>

43. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic .commerce"), section 4: Liability of intermediary service providers, Articles 12-14 לפי סעיף 22, על המדינות החברות בקהיליה האירופאית ליישם את הדירקטיבה בחקיקה מדינתית עד ינואר 2002. רוב המדינות אכן מילאו דרישה זו. לסקירה ראו: [url:>http://www.paemen.com/](http://www.paemen.com/) (נבדק לאחרונה במאי 2002).

44. 2000/31/EC Directive, sec. 4, article 12. "mere conduit" משמעה העברת מידע, הכוללת גם תיווך ואחסון זמני אוטומטי של מידע, לתקופה שאינה עולה על הדרוש לביצוע ההעברה. הספק לא יישא באחריות אם לא יום את ההעברה לא בחר את מקבל ההעברה, את המידע המועבר, וכן לא שינה את המידע המועבר.

45. 2000/31/EC Directive, sec. 4, article 13. Caching - אחסון אוטומטי של המידע או תיווך המידע, המבוצעים רק כדי ליעל את העברת המידע למקבלי שירות אחרים, בהתאם לבקשתם. ספק השירות לא יישא באחריות אם לא שינה את המידע, ופעל בוריות להסיר או למנוע גישה למידע שאחסן, ברגע שנודע לו כי נמנעת הגישה אל המידע המצוי בנקודת המוצא, או שבית־המשפט או רשות מינהלית ציוו על מחיקת המידע או מניעת גישה.

46. 2000/31/EC Directive, sec. 4, article 14. Hosting - אחסון המידע בהתאם לבקשת מקבל־השירות. כדי ליהנות מן הפטור מאחריות, על הספק להוכיח כי לא ידע שהפעולה אינה חוקית או שהמידע אינו חוקי. כאשר מקבל־השירות, שלבקשתו אחסן המידע, פועל תחת רשות או פיקוח של הספק, לא יוכר חוסר־ידיעה מצדו. כמו־כן מרגע שנודע לספק כי הפעולה או המידע אינם חוקיים, על הספק לפעול בוריות למחיקתם או למניעת הגישה למידע. הסעיף אינו משפיע על אפשרות המדינות החברות בקהיליה האירופית לחוקק הליכים לגבי מחיקה או מניעת גישה למידע.

47. 2000/31/EC Directive, sec. 4, article 15.

המחוקק הישראלי טרם הסדיר מפורשות את סוגיית אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט. אולם ההסדרים הקיימים בחקיקה האזרחית עשויים לאפשר הטלת אחריות על ספקים לתוכן שהופץ בידי משתמשי השירות.<sup>48</sup> כך, למשל, סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע קובע, כי פרסום לשון הרע לאדם אחד או יותר זולת הנפגע היא עוולה אזרחית, ו"פרסום" מוגדר בסעיף 2 לחוק באופן רחב העשוי לכלול גם הפצה באינטרנט.<sup>49</sup> החוק מטיל אחריות ישירה ללשון הרע על המפרסם עצמו. אם לשון הרע פורסמה ב"אמצעי-תקשורת", תוטל אחריות גם על האדם שהביא את לשון הרע לאמצעי-התקשורת, עורך אמצעי-התקשורת ומי שבפועל החליט על פרסום לשון הרע.<sup>50</sup> "אמצעי-תקשורת" מוגדר בחוק איסור לשון הרע כעיתון וכשידורי רדיו וטלביזיה המסופקים לציבור.<sup>51</sup> תחולתן של הוראות אלו בחוק איסור לשון הרע על האינטרנט נדונה בשני פסקי-דין של ערכאות שלום פרשת ויסמן נ'

48. ראו למשל, סעיף 7(א) לחוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981, ס"ח 248, האוסר על הטעיה בפרסומות ומטיל אחריות בגין הפרת האיסור על מי שמטעמו נעשתה הפרסומות, מי שהביא את הדבר לפרסום, ובמקרה שהפרסומות מטעה על פניה - גם על המפיץ, ומי שהחליט בפועל על הפרסום. סעיף 7(ה) לחוק הגנת הצרכן קובע, כי תחולת איסור ההטעיה בפרסומות הוא אקסטריטוריאלי, דהיינו: על כל פרסומת העלולה להטעות צרכן בישראל, גם אם נעשתה מחוצה לה.

49. סעיף 2 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240:  
2. פרסום מהו

(א) פרסום, לענין לשון הרע - בין בעל פה ובין בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר.

(ב) רואים כפרסום לשון הרע, בלי למעט מדרכי פרסום אחרות -

(1) אם היתה מיועדת לאדם זולת הנפגע והגיעה לאותו אדם או לאדם אחר זולת הנפגע;

(2) אם היתה בכתב והכתב עשוי היה, לפי הנסיבות, להגיע לאדם זולת הנפגע.

50. חוק איסור לשון הרע (ראו לעיל, הערה 49) מטיל אחריות גם על מחזיק בית דפוס, כמשמעו בפקודת העיתונות, בו הודפסה לשון הרע, וכל המפיץ את הפרסום המכיל את לשון הרע, ובלבד שבעלי תפקידים אלו ידעו או היה עליהם לדעת שהפרסום מכיל לשון הרע. ראו סעיף 12 לחוק איסור לשון הרע.

51. סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע מגדיר אמצעי תקשורת כדקלמן:  
(ג) בחוק זה -

"אמצעי תקשורת" - עתון כמשמעותו בפקודת העיתונות (להלן - עתון) וכן שידורי רדיו וטלויזיה הניתנים לציבור;

"עורך אמצעי תקשורת", בעתון - לרבות עורך בפועל, ובשידור - לרבות עורך התכנית שבה נעשה הפרסום;

"אחראי לאמצעי התקשורת", בעתון - המוציא לאור, ובשידורי רדיו וטלויזיה - מי שאחראי לקיומם.

גולן ואח' ופרשת בורוכוב ארנון נ' פורן אלישי.<sup>52</sup> בפרשת ויסמן הוגשה קובלנה כנגד עורך העיתון גלובס ועורך מדור הנדל"ן בעיתון בגין כתבה שפורסמה באתר האינטרנט של העיתון. בית המשפט קבע, כי על-אף שאתר אינטרנט אינו נכלל במפורש בין אמצעי-התקשורת שמנה המחוקק בחוק איסור לשון הרע, "הגבלת איסור הפרסום רק לאמצעים המאזכרים בחוק והתעלמות מחידושי הטכנולוגיה, מהווה פירוש מצומצם ובלתי ראוי, הפוגע במטרות המחוקק".<sup>53</sup> הנסיבות שנדונו בפרשת ויסמן נ' גולן, שעניינו אחריותו של עורך עיתון לכתבות המתפרסמות בעיתונו, מדגימות את המקרה הקלאסי נשוא ההסדר בחוק איסור לשון הרע. בנסיבות אלו, התוכן מיוצר ומתפרסם בחסות המנגנון ההיררכי של הפירמה. העורך הממונה על צוות הכתבים ועל עריכת הכתבות לפרסום, נהנה משליטה על התוכן ונושא באחריות למתפרסם. נשאלת השאלה האם הפרשנות הרחבה שאימץ בית המשפט בפרשת ויסמן תאפשר להטיל אחריות גם על מנהל פורום חדשות, הנותן בימה לידיעות ולעמדות שחוברו באופן עצמאי על-ידי משתתפי הפורום. בפרשת בורוכוב נדרש בית המשפט לשאלה זו. תוך שהוא מגדיש את המאפיינים המייחדים את האינטרנט, דחה את העמדה שהובעה בפרשת ויסמן. בית המשפט סבר שהנימוקים להטלת אחריות על עיתון אינם חלים באינטרנט, שכן בעוד שעיתונים ואמצעי תקשורת אחרים נהנים מ"הילה ציבורית", המצדיקה אף אולי את הכפפתם לכללי המשפט המינהלי ("דואליות נורמטיבית") האינטרנט היא "ים המידע והרכילות הגלובאלי". בית המשפט מציע להטיל אחריות על מנהלי אתרים על-פי מבחן משולש ומצטבר: ידיעה בפועל על הפגיעה, ודאות הפגיעה ואפשרות מניעתה. הקושי הכרוך במבחן זה נובע מן העובדה שיכולת המניעה והפיקוח איננה נתון סטטי, אלא פועל יוצא של הכללים המשפטיים. אם תוטל אחריות על מנהלי פורומים ייווצרו תמריצים לפיתוח טכנולוגיות פיקוח ושיטור ברשת, וליישומן בפועל. מערכת היחסים בין מנהל הפורום למשתתפים איננה מבוססת על שליטה ופיקוח. הטלת אחריות על מנהל פורום לידיעות שפורסמו בידי המשתמשים, עלולה לעצב מחדש את יחסיו עם המשתמשים ולעודד הפעלת פיקוח סינון ועריכה בידי המנהל. אחריות זו תעצב מחדש את המנגנון האלטרנטיבי לשיח באינטרנט בדמותו של "מודל העיתון" המסורתי. בדיני זכויות יוצרים ישנם הסדרים דומים של אחריות עקיפה העשויים לאפשר הטלת אחריות על ספקים בגין הפרת זכות יוצרים.<sup>54</sup>

52. ק"פ (ת"א) 145/00 ויסמן נ' גולן ואח' (טרם פורסם), 112 (להלן: פרשת ויסמן) ת"א (כפר סבא) 7830/99 בורוכוב ארנון נ' פורן אלישי (טרם פורסם) (להלן: פרשת בורוכוב).

53. שם, בסוף פסקה 1 לפסק-הדין. ראו גם ת"א (י-ם) 021531/98 סטיב רמבם נ' מרדכי (מרק) לוי, (טרם פורסם) (המונה פרסום לגבי העבירה של הוצאת לשון הרע כולל גם פרסומים באמצעות האינטרנט). מנגד ראו בפרשת בורוכוב ("אינני יכול להסכים להנמקה ולמסקנה הכללית של בית המשפט בפרשת ויסמן נ. גולן, כאילו דין אתר האינטרנט כדין "עיתון" שבפקודת העיתונות...") פסקה 38 לפסק-דינו של השופט אמיר.

54. באשר לאחריות להפרת זכות יוצרים, קובע סעיף (2) לחוק זכות יוצרים, חא"י כרך ג 2633 (להלן: חוק זכות יוצרים), כי הפצה לצורכי מסחר של יצירה מפירה, בידיעה כי היא מפרה זכות יוצרים, מהווה הפרת זכות יוצרים. על-פי סעיף (3) לחוק זכות יוצרים, מתן הרשאה

המצב המשפטי בישראל עלול אפוא לחשוף את ספקי-השירות לאחריות משפטית בגין פעולות המשתמשים בשירותיהם. בדו"ח ועדת-המשנה של הכנסת לתקשוב ולמידע, אשר התפרסם בשנת 1997, קבעה הוועדה כי יש להסדיר בחקיקה מפורשת את סוגיית אחריותם של ספקי-האינטרנט לתכנים מזיקים, והמליצה לאמץ אמות-מידה שתצמצמנה ככל האפשר את אחריות ספקי-השירות.<sup>55</sup>

### 3. לקחים מהסדרת אחריות ספקים

מה אפשר ללמוד מהסדרת אחריותם המשפטית של ספקי-שירות אינטראקטיביים באירופה ובארצות-הברית חופש הביטוי ברשת האינטרנט? ראשית, גם בהיעדר נורמות משפטיות ייחודיות להסדרת האחריות המשפטית לתוכן המופץ באינטרנט, יחולו כללי המשפט הפרטי. כללים אלו עוצבו במציאות תקשורתית שונה ומשקפים את השיקולים הרלבנטיים להטלת אחריות על מתווכי התוכן המסורתיים. הטלת אחריות על ספקי-שירות במסגרת נורמות משפטיות אלו מיעדת להם שלא לצורך תפקידי עריכה וסינון של תוכן שמקורו במשתמשים. בתוך כך כללי האחריות מעצבים

לביצוע יצירה בפומבי ללא רשיון עלולה להטיל אחריות בגין הפרת זכות יוצרים, אלא אם המתיר לא ידע ולא היה לו יסוד נאמן לחשוד, שבביצוע יש משום הפרת זכות יוצרים. נוסף על כך, ייתכן שיהיה אפשר להטיל אחריות על ספקים במקרים מסוימים מכוח הלכת האחריות התורמת, משזו אומצה לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון (אם כי בהקשר של הפרת פטנט) בפרשת רב בריה. ראו ע"א 1636/98 רב בריה בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ ואח', פ"ד נה(5), 337, עבמ' 354. סעיף 31 לפסק-דינו של השופט אנגלרד:

"מאחר שלדעתי חלה הדוקטרינה של הפרה תורמת במשפט הישראלי, עליו לבחון אם נתמלאו התנאים המקובלים להטלת אחריות על חברת א.ס.די.אר. תנאים אלו הם שלושה במספר: התנאי הראשון הוא כי הרכיבים הנמכרים מהווים חלק מהותי מהאמצאה המוגנת של רב בריה. התנאי השני הוא כי המשווק יודע, או בנסיבות העניין היה עליו לדעת, שהרכיבים מתאימים באופן מיוחד לקומבינציה המפרה את זכות הפטנט וכי הם מיועדים בפועל לכך. התנאי השלישי הוא שלילי בהיותו חריג לאחריות: הוא קובע כי האחריות אינה חלה במקרה שבו הרכיב הנמכר הוא מוצר בסיסי (staple product) המתאים לשימוש משמעותי אחר שאין בו משום הפרת הפטנט."

55. דין וחשבון מסכם של עבודת צוותי משימה בנושא: הערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע (ועדת הכלכלה של הכנסת, ועדת משנה לתקשוב ומידע בשיתוף הועדה הלאומית לפיתוח תשתיות מידע ותקשוב, ניסן תשנ"ז) נמצא ב: [url: <http://www.knesset.gov.il/docs/heb/infocom/1\\_1.htm](http://www.knesset.gov.il/docs/heb/infocom/1_1.htm) (נבדק לאחרונה במאי 2002).

מחדש את השיח הציבורי ברשת, שלא בטובתו של חופש הביטוי [הם מתעלמים מפוטנציאל הביזור בסביבת הרשת, המאפשר ביטוי ישיר ועצמאי, חופשי מהטיות הכוח הפוליטי ומהטיות השוק מהן סבלו מתווכי השיח המסורתי. כללי האחריות מעצבים את תפקידם של מתווכי השיח החדשים בדמות קודמיהם: העורכים, המפיקים והמוציאים-לאור. הם מעודדים יצירתם של מנגנוני פיקוח ובקרה, אשר יכריעו באופן ריכוזי - מי יהיו הדוברים ומה מדבריהם יכלל בשית]. החלתם של עקרונות המשפט הפרטי, בלא רגישות לצרכים המיוחדים של סביבת המידע המתקשבת, עלולה אפוא להגביל את חופש הביטוי ברשת ולחזק את מגמות הריכוזיות בסביבה זו.

שנית, בהיעדר יד מכוונת וחשיבה שיטתית בנוגע להשלכות של הטלת אחריות בסביבת המידע עלולים להתפתח הסדרי אחריות שונים, אשר לא בהכרח מתיישבים זה עם זה. כך, למשל, במשפט האמריקני בעוד שבסוגיית האחריות בגין לשון הרע יצרו המחוקק ובתי-המשפט חסינות רחבה כדי לצמצם ככל האפשר את האפקט המצנן על חופש הביטוי, בעניין אחריות להפרת זכויות יוצרים התפתחה מגמה הפוכה: ספקי-שירות יוכלו לחסות בצל הפטור המצומצם מאחריות בגין הפרת זכויות יוצרים רק אם הפעילו מערכות בקרה ופיקוח.<sup>56</sup> בהיעדר מדיניות משפטית אחידה ועקבית לא ניתן יהיה להשיג את יעדי החקיקה.

הסדרי הפטור ב-DMCA ובדירקטיבה האירופאית צרים למדי ומותירים חשיפה משפטית בתחומי פעילות רבים אשר לא ניתן להם מענה. ספקי-השירות ייהנו מההגנות הסטטוטוריות רק באותם מקרים חריגים שבהם מתמצה תפקידו של ספקי-השירות בתפעול המערכת בלבד ורק לגבי מספר פעולות מצומצם. הסדרי הפטור מחייבים בדרך-כלל היעדר ידיעה של ספקי-השירותים באשר לתוכן המזיק, דרישה זו עלולה לרוקן מתוכן את ההסדר כולו, שכן היא מחייבת את הספק להפעיל שיקול-דעת לגבי תוכן המזיק מיד לאחר שנמסרה לו הודעה על כך.<sup>57</sup> הסדר זה מפקיד את מספרי הצנזור בידיהם של ספקי-השירות

56. אפשר להצביע על כמה סיבות להתפתחותן של מגמות סותרות אלו: כך, למשל, העובדה שבנושא זכויות יוצרים ישנה קבוצת אינטרס הומוגנית יחסית (חברות התוכן) הפועלת בזירה המשפטית באמצעות לובי מאורגן היטב והגשת תביעות אסטרטגיות. בעניין לשון הרע לעומת זאת מדובר בנפגעים מזדמנים. נוסף על כך, בעוד שדיני לשון הרע מאזנים באופן מסורתי בין זכותו של אדם לשמו הטוב ובין חופש הביטוי, הקונפליקט בין חופש הביטוי לזכות היוצרים, והצורך לאזן ביניהם, הוכחשו לאורך השנים. ראו: Michael D. Birnhack, "The Copyright Law and Free Speech Affair: Making-up and Breaking-up", *43 Idea: J. of L. & Tech.* (Forthcoming 2003).

57. דוגמא לבעייתיות שבדרישה זו אפשר לראות בחקיקה האנגלית Defamation Act 1996. הסדר זה קובע כי אדם המוכיח שאינו המחבר, המוציא-לאור או העורך של הצהרה נשוא תביעת לשון הרע וכי נקט זהירות סבירה לגבי הוצאה-לאור של הצהרה; וכן שלא ידע ולא היתה לו סיבה להאמין, כי פעולתו גרמה או תרמה להוצאה-לאור של הצהרה שיש בה לשון הרע - מוגן מפני תביעת לשון הרע. בפרשת גודפרי יושם החוק בתביעה שהוגשה בגין הודעה משמיצה אשר פורסמה בקבוצת-דיון שהתנהלה במחשב. פניותיו של התובע לנתבעת

שאחרי הכול אינן אלא חברות מסחריות.<sup>58</sup> כפי שהבהירו בתי-המשפט האמריקנים שדנו בנושא, לחובה לפעול על יסוד קבלת הודעה צפוי להיות אפקט מצנן על חופש הביטוי.<sup>59</sup> יתירה מזאת: הסדרי הפטור ב-DMCA ובדירקטיבה האירופאית משקפים יותר מכול את אוזלת-ידיה של מערכת-המשפט בכל הנוגע להסדרת הסביבה הטכנולוגית. הסדרים אלו, שהתקבלו בסוף שנות התשעים ותחילת שנות האלפיים, אינם רלבנטיים לתפקידם המשתנה של ספקי-שירות נוכח ההתפתחות הטכנולוגית. כך, למשל, הטכנולוגיה המאפשרת החלפת קבצים ישירה בין משתמשים (Peer to Peer) (P2P). טכנולוגיה זו מקדמת תהליכי ביזור ברשת, באפשרה למשתמשים להחליף ישירות ביניהם קובצי תוכן ללא כל גורם מתווך. הטכנולוגיה עצמה היא היוצרת אד-הוק את הקהילה הווירטואלית, שחבריה יכולים להחליף ביניהם תכנים המופיעים בפורמטים שונים (מוסיקה, וידאו, סקסט או תוכנה).<sup>60</sup> העיקרון המשפטי של אחריות תורמת משמש בשנים האחרונות בסיס

להסרת ההודעה לא נענו. בית-המשפט פסק, כי מרגע קבלת ההודעה מהתובע ידעה הנתבעת על ההודעה המשמיעה ובחרה במודע שלא להסירה. משום-כך אין היא זכאית ליהנות מהגנת החוק הניתנת אך למעביר תמים של מסר משמין, שאינו מודע לתוכנו. ראו: *Godfrey v. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 ALL E.R. 342 (C.A.) (להלן; פרשת גודפרי).

58. ראו מיכאל ד' בירנהק, "מספריים לצנזור", גלובס (17.01.02) 76.
59. ראו דיון לעיל, לגבי פסק-הדין בפרשת פרודג'י (לעיל, הערה 26) והטקסט הסמוך לה, לגבי פסק-הדין בפרשת זירן (לעיל, הערות 30-32) והטקסט הסמוך להן; וכן לגבי פסק-הדין בפרשת נטקום, (לעיל, הערות 37-39) והטקסט הסמוך להן.
60. בעבר שיתוף קבצים peer to peer sharing (P2P) היה מקובל אך ורק במסגרת מעגל משתמשים המוכרים זה לזה מראש. בשנים האחרונות, עם התפתחות הטכנולוגיה גבר השימוש ב-P2P, וכיום קיימים שני מודלים עיקריים – המודל הריכוזי (מודל שרת-לקוח) כדוגמת Napster; והמודל הביזורי כדוגמת Gnutella. המודל הריכוזי מבוסס על השימוש בשרת-מערכת מרכזי המנתב את התנועה בין המשתמשים היחידים הרשומים. השרת המרכזי מחזיק באינדקס של הקבצים הניתנים לשיתוף והשמורים במחשביהם האישיים של המשתמשים הרשומים. האינדקס מעודכן כל אימת שמשתמש נכנס לרשת ויוצא ממנה (log on/off). בכל פעם שמשתמש מחפש אחר קובץ מסוים, יוצר השרת המרכזי רשימת קבצים המתאימים לבקשת החיפוש על-פי רשימת הקבצים הנמצאים במחשבי המשתמשים המחוברים באותה עת לרשת, כפי שמופיעה באינדקס. המשתמש בוחר מתוך הרשימה בקובץ הרצוי לו ויוצר קישור HTTP ישיר למחשב המשתמש האחר, שכרגע מחזיק בקובץ. לפיכך הורדת הקובץ נעשית ישירות ממשתמש אחד לרעהו. הקובץ לעולם אינו נשמר על-גבי השרת המרכזי. אחד היתרונות הבולטים של מודל זה הוא האינדקס המסייע באיתור מהיר ויעיל של הקובץ המבוקש. יתרון נוסף הוא, שכל המשתמשים חייבים להירשם במערכת השרת וכך החיפוש מבוצע בכל מחשבי המשתמשים הרשומים באותה עת. החסרון במודל הריכוזי הוא קיומה של נקודת-כניסה אחת בלבד ועל-כן אם השרת קורס, המערכת כולה קורסת. במודל הביזורי אין שרת מרכזי שבו רשימה של כל המשתמשים הרשומים וקבציהם.



להטלת אחריות על ספקי־שירות המסייעים להחלפת קבצים ישירה בין משתמשים. בפרשת נפסטר, למשל, נדרש בית־המשפט האמריקני להכריע בשאלת אחריותו של מפעיל התוכנה לשיתוף קבצים להפרת זכויות יוצרים שהתבצעה בידי משתמשי־קצה.<sup>61</sup> תוכנת נפסטר אפשרה שיתוף קבצי מוסיקה בפורמט MP3 והחלפתם באופן ישיר בין המשתמשים.<sup>62</sup> תעשיית המוסיקה חששה כי השימוש ההולך וגובר בתוכנת נפסטר יפגע קשות במכירותיה, ועל־כן הגישה תביעה כנגד נפסטר בגין הפרת זכות היוצרים. בית־המשפט פסק, כי לנפסטר הייתה הזכות והיכולת לפקח על פעולות המשתמשים וכי הפיקה תועלת כלכלית ישירה מהפרת זכות היוצרים.<sup>63</sup> עוד נקבע, כי נפסטר אחראית באחריות תורמת להפרת זכויות היוצרים משום שהייתה מודעת לביצוע הפעולות המפרות וסיפקה את הסיוע ואת האמצעים הטכנולוגיים לביצוע ההפרה.<sup>64</sup> ספקי P2P לא יוכלו

המדובר ברשת של מחשבים, המכילים כולם את תוכנת השיתוף כדוגמת Gnutella, בקשת החיפוש נשלחת ממחשבו של משתמש אחד ומועברת כתגובת־שרשרת לכל המחשבים המחוברים זה לזה. מחשב שבו מצוי הקובץ שולח חזרה באותה דרך הודעה על הימצאות הקובץ ופרטים כלליים לגביו. במחשב מבקש החיפוש מתקבלת רשימת הקבצים המתאימים לבקשתו. עם בחירתו באחד הקבצים נוצר קשר ישיר בינו ובין המחשב שבו מצוי הקובץ ומתחילה הורדת הקובץ. היתרון העיקרי של המודל הביזורי הוא בהיעדר שרת מרכזי, דהיינו: בביזוריות היוצרת מערכת חזקה יותר ומונעת הסתמכות על שרת ריכוזי אחד העשוי לקרוס. בנוסף במודל זה אפשר לחפש אחר כל סוג של קובץ, ולא דווקא אחר קבצי MP3 כמו במודל הריכוזי. כמו־כן תיאורטית, במודל הביזורי החיפוש יכול לכסות את כל רשת האינטרנט, בעוד במודל הריכוזי חיפוש מכסה לכל היותר 20% מהרשת. להרחבה ראו: "Understanding Peer-to-Peer Networking and File Sharing, Modern Peer-to-Peer File Sharing over the Internet. Lime Wire נמצא ב: <http://www.limewire.com/index.jsp/p2p> (נבדק לאחרונה במאי 2002).

61. ראו: (2001) 239 F.3d 1004 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* לסקירה מקיפה של פסק־הדין והשלכותיו ראו יין (לעיל, הערה 18).

62. נפסטר ניהלה אינדקס ובו רשימת הקבצים שברשות המשתמשים המחוברים לשירות. המשתמש יכול היה לבצע חיפוש קטעים מוסיקליים באמצעות האינדקס ולאתר את הקובץ הרצוי במחשבי המשתמשים המחוברים לשירות באותה עת. לאחר שאותר הקובץ יכול המשתמש להוריד עותק ממנו ישירות ממחשבו של משתמש אחר ולשמור אותו במחשבו האישי.

63. על החלטה זו נמתחה ביקורת, בין השאר בנימוק כי נטל הפיקוח על פעולות המשתמשים הוא רחב מידי ואינו ניתן לביצוע; וכן משום שנפסטר לא גבתה תשלום בעבור שירותיה ולכן אין לראות בה כמי שהפיקה תועלת כלכלית ישירה מן הפעולות המפרות של משתמשיה. ראו יין (לעיל, הערה 18), 257.

64. בית־המשפט דחה את טענת ההגנה של נפסטר ופסק, כי השימוש החוקי שאפשר לעשות בטכנולוגיה של נפסטר הוא שולי בהשוואה לשימוש המפר. בית־משפט לערעורים באמסטרדם, הולנד, הפך לאחרונה את הכרעת הערכאה הראשונה ופסק כי מפעילי אתר KazAa, המפיץ את התוכנה, אינם אחראים להפרת זכויות היוצרים המבוצעת על־ידי

ליהנות מסעיפי הפטור ב-DMCA ובדירקטיבה האירופאית, שכן אין הם מבצעים אף לא אחת מן הפעולות אשר הוגדרו בסעיפי הפטור.<sup>65</sup> סעיפי הפטור מצומצמים מאוד, ובמקרים רבים יהיו בלתי רלבנטיים לטכנולוגיות חדשות. ההגנה על חופש הביטוי ברשת מחייבת אפוא הכרה במאפייני השיח הייחודיים לרשת ושימת לב להשפעתם של כללי האחריות המשפטית על התנהגותם של מתווכי-השיח החדשים הפועלים בזירה זו.

## ב. ממחסור במידע לעריכת מידע<sup>66</sup>

1. מנועי-חיפוש: "שומרי-הסף" הווירטואליים  
המיתוס השני לגבי השיח הציבורי ברשת גורס, כי ברשת כל אחד יכול למצוא את מה שמעניין אותו. צפייה זו מבוססת על שני מאפיינים של השיח ברשת: ראשית, מקום שיש ריבוי דוברים וריבוי מקורות מידע, צפוי שייווצר גם גיוון בתוכן וכל גולש יוכל למצוא את הנישה המעניינת אותו, את האתר המבטא את טעמו או את הפורום הנותן ביטוי לעמדותיו. שנית, השיח באינטרנט מבוסס על גלישה - דהיינו: פעולה אקטיבית של משיכת תוכן ולא דחיפה מרכזית של תוכן אחיד לקהל קוראים או צופים פסיבי. שוני זה הופך לכאורה את הגלישה לביטוי חופשי ואותנטי יותר של בחירתו ועדיפותיו של הגולש. מנגד, עידן המידע, בכלל, והרשת, בפרט, מתאפיינים במעבר דרמטי ממצב של מחסור במידע למצב של היצף מידע. במידה רבה סביבת המידע ברשת יוצרת "ערפיח מידע" המקשה על איתור מהיר ובלתי-אמצעי של מידע רלבנטי. גודש המידע עלול לאיים על האוטונומיה של הפרט ועל יכולתו לבחור. בסביבה שבה יש היצף מידע נוצר צורך חיוני באמצעי סינון, מיון ואיתור של המידע הרלבנטי מתוך השפע הקיים כדי שהמידע יהיה לא רק זמין, אלא אף בר-שימוש. גודש המידע יוצר אפוא תלות בגורמים חיצוניים שיוכלו לסייע בבחירת המידע. תלות זו מחלישה את כוחו של הפרט, חושפת אותו למניפולציות והופכת אותו פגיע יותר. במצב זה מתחזק כוחם של הגורמים הנהנים משליטה על אמצעי הגישה למידע.<sup>67</sup>

בהקשר זה מקבל חופש הביטוי ברשת מימד חדש. אף-על-פי שכל אדם יכול לפרסם

משתמשי התוכנה. לתרגום פסק הדין לאנגלית ראו לעיל, הערה 22. תוכנת KazAa מאפשרת אף היא שיתוף בין משתמשיה, אולם בהבדל מנפסטר, KazAa איננה מנהלת אינדקס ומאפשרת שיתוף קבצים מסוגים שונים ולא רק קבצי מוסיקה בפורמט MP3.  
65. לעניין זה ראו החלטת-הביניים של בית-המשפט בעניין נפסטר, שם נפסק כי נפסטר לא תוכל ליהנות מן הפטור שב-DMCA שכן העברת הקבצים וניתובם אינם מתבצעים על-גבי השרתים שלה, אלא ישירות בין המשתמשים. *A & M Records, Inc., v. Napster, Inc.*, 2000 U.S. Dist. Lexis 6243 (2000).  
66. המושג "ערפיח המידע" מבוסס על David Shenk, *Data Smog: Surviving the Information Glut* (Harper Edge, San Francisco, Calif., 1997).  
67. שם.

מידע ברשת, רק חלק קטן מהתוכן המתפרסם ברשת ימצא את דרכו בסופו של דבר אל ציבור הגולשים. בסביבה של עודף מידע נוצר מחסור מסוג חדש בתשומת-הלב של ציבור המשתמשים.<sup>68</sup> לפיכך המאבק על הזכות לפרסם או לשדר יפנה את מקומו, במקרים רבים, לתחרות חסרת-תקדים על תשומת הלב של המשתמשים.

ניהול תשומת-ליבם של הגולשים ברשת טומן בחובו אתגר חדש. כאשר כל אדם יכול לפרסם חומר ברשת, התחרות על תשומת-ליבם של המשתמשים הופכת אגרסיבית יותר ויותר. האפשרות למנוע פרסום של חומר מתחרה ברשת כמעט ואיננה מעשית. לכן במקום לשלוט בהיצע התכנים, מתמקדים מאמצי השליטה במנועי-חיפוש שנועדו לסייע לגולשים לאתר תוכן רלבנטי. שליטה במנועי-החיפוש עשויה לאפשר לספקי-התוכן לנהל באופן ישיר את תשומת הלב הצרכנית. לפיכך מנועי-החיפוש, המאפשרים איתור תכנים וסיווגם, הופכים לאמצעי שליטה מרכזי. במצב זה לא די בכך שהאינטרנט יוצר בימה לכל דובר. אמנם, מבחינה טכנית רשת האינטרנט מאפשרת לכל אדם להביא לפרסום כל דבר העולה בדעתו, אולם עובדה זו איננה מבטיחה שדעותיו של הדובר תישמענה ומסריו יגיעו אל הציבור. אמנם, הגישה לרשת היא חופשית, אך מידע שאינו ניתן לאיתור על-ידי מנועי החיפוש יאבד בים המידע האינסופי הקיים ברשת. בפועל הופכים אפוא מנועי-החיפוש בשנים האחרונות ל"שומרי-הסף" הווירטואליים של הרשת.<sup>69</sup>

מנועי-החיפוש הן תוכנות מחשב המאפשרות לגולש לאתר תוכן ברשת בהתאם לקריטריונים שהגדיר.<sup>70</sup> תוצאות החיפוש יגדירו במקרים רבים עבור המשתמש את מרחב הבחירה, וכך למעשה ישפיעו השפעה מכרעת על החלטות הגולשים ברשת.<sup>71</sup> הגלישה

68. יפים לעניין זה דבריו של הרברט סיימון: "A wealth of information creates a poverty of attention" (Herbert A. Simon, "Designing Organizations for an Information-Rich World", *Computers, Communications, and the Public Interest* (Martin Greenberger, 1971)- ed., John Hopkins Univ., Pr., Baltimore, MD, 37, pp. 40-41

69. להרחבה ראו: Niva Elkin-Koren, Let the Crawlers Crawl: On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing", *26 Dayton Law Review* (2001), 179

70. ישנם המגדירים מנועי-חיפוש ככלים המאפשרים למשתמשים למצוא את המידע שלו הם זקוקים ולהימנע מהשאר. ראו: Carl Shapiro & Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guid To the Network Economy* (Harvard Business School Press, Boston, Mass., 1999). אולם הגדרה זו היא מעט פשטנית ותמימה שכן היא מניחה שמשתמשים יודעים איזה סוג מידע הם רוצים ואיזה מידע הם תופשים כבעל-ערך עוד לפני החיפוש. לעומת זאת, במקרים רבים המשתמשים כלל אינם יודעים מהו המידע שלו הם זקוקים. אמנם לעיתים אנו מחפשים ספק מסוים או אתר ספציפי, אך לאמיתו של דבר, ככל שהחיפוש ממוקד יותר (למשל URL מסוים), כך מצטמצמת התלות במנועי-החיפוש.

71. מנועי-חיפוש יכול להיות בנוי כך שיאתר רק מקורות המצויים בבעלות שותפים עסקיים יתעלם בעקביות ממקורות המצויים בבעלות מתחרים או יבלעם בתחתית הרשימה של תוצאות החיפוש. בהקשר פוליטי אפשר לציין, כי בעוד לעיתון יש קוד מקצועי הדורש ממנו להעניק הודמנות לשני הצדדים להתבטא, מנוע חיפוש יכול להביא רק צד אחד.

נחווית בדרך כלל כחוויה אוטונומית. נדמה לנו שאנו יושבים "ליד ההגה" וגולשים לאתרים המעניינים אותנו באמת. אולם במקרים רבים תהליך הגלישה מובנה באמצעים טכניים המשמשים לצרכים מסחריים.<sup>72</sup> במובן זה מנועי החיפוש מתפקדים כ"שומרי-סף" וירטואליים שיש בכוחם להכתיב במידה רבה לאילו אתרים יגיעו הגולשים ברשת, מה הם יקראו, במה יצפו ולמה יקשיבו.

לתוצאות חיפוש כוח מבנה – הן יוצרות קטיגוריות ומושגים שיש בהם כדי לעצב תפיסת עולם ולכונן משמעות. בכוחן להשפיע על עיצוב עמדות, תפיסות ורעיונות באמצעות ההחלטה איזה מידע יתקבל בתגובה לחיפוש. למעשה, מה שמשתמשים יתפסו כבעל-ערך עשוי להיות תלוי בתוצאות החיפוש. השפעתם של מנועי החיפוש על בניית משמעות ועיצוב העדפות הופכת את פעולתם של אמצעים אלה לבעלת חשיבות פוליטית.<sup>73</sup> כך, למשל, החלטתו של מנוע החיפוש הפופולרי Google להסיר הפניות לאתרים שבהם מתפרסמות יצירות של חברי הכנסייה הסיינטולוגית המוגנות בזכות יוצרים מחשש לאחריות משפטית עלולה להקשות, ואף למנוע, ביקורת ודיון ציבורי פתוח בכתביה ובהגותה של הכנסייה.<sup>74</sup> בעוד שכללי המשפט והאתיקה נתנו את הדעת לכוחם

72. דוגמא נוספת למצב זה – קישוריות בתשלום. ראו ירון אילן, "מנוע חיפוש", הארץ – קפטן אינטרנט (3.7.01), 6-7. במובן זה, התחושה ש"ברשת כל אחד יכול למצוא את מה שמעניין אותו" מזכירה את אגדת העם על מוישלה והחמור הסרבן: לחמור אחד יצא שם של עקשן גדול אשר אינו מציית לפקודות. הבעלים הציעו אותו למכירה במחיר מציאה לאחר שהרים ידיים והגיע למסקנה כי לא יוכל להפיק ממנו כל תועלת. מוישלה, שוטה הכפר, רכש אותו. לאחר ימים מספר ראה אותו המוכר ואמר בפליאה: "אתה בטח מרוצה מעצמך שאתה מצליח לרכב על החמור". "לא" – ענה מוישלה. "הכיצד" – שאל המוכר – "הרי החמור הולך בדיוק לאן שאתה רוצה שהוא ילך?" "כן" – השיב מוישלה – "אבל זה משום שאני תמיד רוצה ללכת לאן שהחמור רוצה ללכת".

73. ראו: Lucas D. Introna & Helen Nissenbaum, "Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters", 16 *The Information Society* (2000) 169, pp.178-181 (עיצובו של מנוע החיפוש אינו רק טכני, אלא גם בעל אופי פוליטי ולכן אין להשאיר את סוגיית הסדר מנועי החיפוש לכוחות השוק).

74. האתרים Clambake.org ו-Xenu.net מציגים מגוון חומרים המותחים ביקורת על הכנסייה הסיינטולוגית. בעקבות לחץ מצד הכנסייה הסיינטולוגית הסיר מנוע החיפוש Google את דפי האינטרנט של האתרים האנטי-סיינטולוגיים ממאגר הנתונים שלו. במכתב לאתרים הסביר מנוע החיפוש Google, כי מאחר שהכנסייה הסיינטולוגית התלוננה שהחומרים המוצגים באתרים מפריים את זכויות היוצרים שלה, הוא (Google) מחוייב להסיר את דפי האתרים ממאגר הנתונים שלו, לפי §512 of the Digital Millennium Copyright Act, ולא יהיה מנוע החיפוש עצמו חשוף לטענה בדבר הפרת זכויות יוצרים. יש לציין כי לאחר התעוררות תקשורתית, החזיר Google את הקישוריות למרבית מדפי האתרים, לבד מאלו שהכנסייה הסיינטולוגית טענה כי הם מפריים את זכויות היוצרים שלה. מאחר ששני האתרים האנטי-סיינטולוגיים, Clambake.org ו-Xenu.net ממוקמים בהולנד,

המבנה של מתווכי המידע המסורתיים, מנועי החיפוש אינם כפופים להסדרה או לפיקוח דומים.<sup>75</sup>

"מנועי החיפוש" הן תוכנות מחשב מסוגים שונים, המבצעות איתור וסיווג באמצעים מגוונים.<sup>76</sup> ישנם מנועי החיפוש כלליים המאפשרים איתור מידע בכל תחום,<sup>77</sup> ולצד מנועים ייעודיים המתמקדים בנושאים ספציפיים.<sup>78</sup> מנועי החיפוש נבדלים זה מזה בשיטות החיפוש ובדרך ארגון המידע. ישנם מנועים המבצעים תהליך עצמאי של איסוף מידע על-ידי סריקת אתרים וסיווג המידע הנאסף על-פי פרמטרים קבועים מראש. מנועים אחרים מתבססים על מידע הנמסר להם על-ידי בעלי האתר במסגרת תהליך רישומו של האתר במנועי החיפוש.<sup>79</sup> חלק ממנועי החיפוש יוצרים מדריכים המסווגים אתרים על-פי

---

אין הכנסייה הסיינטולוגית יכולה לעשות שימוש בחוקי ארצות הברית כדי להסיר את האתרים ישירות ועל-כן היא מנסה, באמצעות Google, להסיר את אחת הדרכים הבולטות ביותר להגעה לאתרים אלו ברשת האינטרנט. לפרטים נוספים באשר לפרשה זו ראו: DeclanMcCullagh, "Google Yanks Anti-Church Sites" (21 March, 2002).  
url: <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,51233,00.html> <<  
><http://xenu.net/> (לא פורסם) Xenu.net לאתר Google ששלח אתר Xenu.net (נבדק לאחרונה באפריל 2002).  
news/20020320-google.txt < (נבדק לאחרונה באפריל 2002).

75. כך, למשל, כפופים אמצעי התקשורת האלקטרוניים בארץ דוקטרינת ההגינות, המעוגנת בחקיקה: ראו, למשל, כלל 10 לכללי התקשורת (בוק ושידורים) (בעל רשיון לשידורים), תשמ"ח-1987, ק"ת 138, הדורש מבעל זיכיון להעניק איזון נאות לדעות הרווחות בציבור; סעיף 4 לחוק רשות השידור (לעיל, הערה 4); וסעיף 5(ב)6, (7) לחוק הרשות השניה לטלביזיה ולרדיו, התש"ן-1990, ס"ח 59. מטרתה של דוקטרינת ההגינות היא להבטיח הבאת מגוון הדעות הרווחות בציבור לידי ביטוי בפורום ציבורי באופן מאוזן ובלתי-מפלה. דוקטרינת ההגינות נדונה במספר פסקי-דין, ולאחרונה בבג"ץ 6218/93 ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט (2) 529 מנועי-חיפוש אינו מחויב לכללי דוקטרינת ההגינות, ובשל דחיית דוקטרינה זו בארצות-הברית ודחיית הרחבת תחולתה לאמצעי-תקשורת שאינם אלקטרוניים בפסיקה הישראלית, לא סביר כי יחויב לכללים אלו אף בעתיד. להרחבה בנושא דוקטרינת ההגינות ראו עמיר ליכט (לעיל, הערה 4), 119-121.

76. ישנן דרכים שונות להגדרת מנועי-חיפוש. במובן הצר, מנועי-חיפוש הם תוכנות מחשב מיוחדות המאפשרות למקם מידע הנוגע לאתרים חדשים, לאחזר אותו, להעריך אותו ולעדכן אותו, למשל: Infoseek, Webcrawler, Northern Light. מנועי-חיפוש אחרים משמשים מדריכים, למשל: Yahoo!. מנועי-על מאפשרים לבצע חיפושים רבים בו-זמנית על-ידי ניתוב השאלתה לכמה מנועי-חיפוש, איסוף התוצאות ועיבודם עבור המשתמש לדוגמא: מנועי-העל Dogpile.

77. Yahoo!, Alta Vista, Google.

78. למשל: Findlaw לחיפוש חומר משפטי.

79. Michael K. Bergman, The Deep Web: Surfacing Hidden Value (July 2000).

נושאים ונושאי־משנה,<sup>80</sup> בעוד שאחרים יוצרים מאגר נתונים באמצעות תוכנות "עכביש" (המכונות גם "crawler" או "bot"). תוכנות מחשב אלה מתוכננות כך שיסרקו בלא הרף את הרשת ויעקבו אחר הקישורים (links) הקיימים באתרים, כדי לאתר את מספר המסמכים הגדול ביותר וליצור מאגר נתונים שימש לבצוע החיפוש.

ההבדל העיקרי בין מנועי־החיפוש השונים הוא בשיטת הניתוח והסיווג. אלגוריתם זה קובע למעשה מה ייחשב רלבנטי לשאלת החיפוש ואיזה מיקום ייקבע לו בתוצאות החיפוש. למיקום גבוה בתוצאות החיפוש חשיבות עצומה, שכן רוב הגולשים יבדקו את התוצאות הממוקמות בראש העמוד, וברוב המקרים לא יגיעו כלל לאתרים הממוקמים בתחתית הרשימה. שיטות המפתוח והסיווג נשמרות בדרך־כלל כסוד מסחרי. באופן כללי הפרמטרים המקובלים לניתוח יעניקו משקל למלים המופיעות בכותרת או לתדירות שבה מלות־המפתח מופיעות בעמוד השער.<sup>81</sup> מספר הקישורים (links) לאתר משמש לעתים קרובות לקביעת איכותו ולכן מיקום גבוה יותר יינתן לאתרים המקושרים במספר רב של קישורים.<sup>82</sup> מסמך המופיע באינטרנט, אך איננו מקושר באמצעות קישורים כך שניתן להגיע אליו מאתרים אחרים, עלול להישמט מתוצאות החיפוש.<sup>83</sup> אלגוריתמים אחרים (כגון אלה של Google) שוקלים לא רק את מספר הקישורים, אלא גם את איכותו של האתר המקשר. כך ניתן משקל רב יותר לקישורים שמקורם באתרים הפופולריים, ולעתים קרובות המסחריים, המקושרים במספר רב יותר של קישורים.<sup>84</sup> מכאן שמנועי־החיפוש נגזעים בהטיה טכנית (באלגוריתם החיפוש) לטובת אתרים מסחריים גדולים שגרשמות בהם כניסות רבות, והם מקושרים לאתרים אחרים בכריתות עסקיות מסוגים שונים. הטיה זו של מנועי־החיפוש מעוררת ספקות באשר למהימנותן של תוצאות החיפוש וליכולת הממשית לאתר מידע רלבנטי המצוי ברשת.

חשוב מכך: המודלים העסקיים שהתפתחו בשוק מנועי־החיפוש עשויים להטות את תוצאות החיפוש על בסיס שיקולים עסקיים. סכנה זו עלולה להתעורר כאשר מנועי־החיפוש גובה תשלום מן האתרים העומדים לסיווג – תשלום בגין רישום במנוע

(url:>http://128.121.227.57/download/deepwebwhitepaper.pdf) (נבדק לאחרונה

במארס 2002).

80. המדריך הפופולרי ביותר מסוג זה הוא Yahoo!.

81. בעליהם של אתרים המבקשים להערים על מנועי־החיפוש ולהשיג מיקום גבוה יותר בתוצאות החיפוש עשויים לשכין מילות־מפתח בקוד ה-HTML באופן שאינו נראה לעיניהם של המשתמשים באתר (metatags). לדיון בפרקטיקה זו ובבעייתיות שהיא יוצרת בהקשר של סימני מסחר ראו: Gregory F. Lastowka, "Search Engines, HTML, and Trademarks: What's the Meta for?", 86 *Virginia Law Review* (2000), 835, pp. 843-846

82. Declan Butler, "Souped-Up Search Engines", 405 *Nature* (2000) 112.

83. ברגמן (לעיל, הערה 78), 2.

84. ראו: Steve Lawrence & C. Lee Giles, "Accessibility of Information on the Web", 400 *Nature* (1999) 107.

החיפוש,<sup>85</sup> תשלום בגין סיווג לעומק,<sup>86</sup> תשלום עבור מיקום גבוה בתוצאות החיפוש<sup>87</sup> או עמלה בגין מכירות שהתבצעו עקב הפנייה של מנוע החיפוש לאתר המכירות. מודלים עסקיים אלה מעוררים ספקות כבדים לגבי אמינות החיפוש ותוצאותיו.<sup>88</sup> מנועי החיפוש הפועלים באופן מסחרי יוטו לאתר תכנים באופן אשר ימקסם את רווחיהם. כאשר הכנסותיו של מנוע החיפוש מבוססות על גבייה מאתרים המצויים בתוצאות החיפוש שלו, תיווצר הטיה טבעית לטובת אותם אתרים שיניבו הכנסות גבוהות יותר. במלים אחרות: תינתן עדיפות לאתרים המשלמים יותר, ולאז דווקא לאותם תכנים המשרתים נאמנה את צורכי המשתמש. בשנים האחרונות גוברת המודעות למגבלותיהם של מנועי החיפוש, באיתור מקורות ברשת.<sup>89</sup> הנתונים מצביעים על-כך שמנועי החיפוש מכסים רק חלק קטן מן המידע המתפרסם ברשת ומספקים גישה מצומצמת וסלקטיבית למידע.<sup>90</sup>

85. ראו, למשל, LookSmart submission program <http://submit.looksmart.com/> (נבדק לאחרונה במארס 2002).

86. לסקירת מודלים עסקיים אלו בקרב מנועי החיפוש ראו: Danny Sullivan, "Paid Inclusion at Search Engines Gains Ground", *The Search Engine Report* (Nov. 3, 2000) url:<http://www.searchenginewatch.com/sereport/00/11-inclusion.html> (נבדק לאחרונה במארס 2002).  
Danny Sullivan, "The Evolution of Paid Inclusion", *The Search Engine Report* (July 2, 2001) url:<http://www.searchenginewatch.com/sereport/01/07-inclusion.html> (נבדק לאחרונה במארס 2002).

87. למשל: GoTo.com (מכונה כיום overture.com), מציעה תוכנית "T M Pay for Performance) לפרסום אתרי מכירות פומביות: אתר מכירות פומביות בוחר את הקטיגוריות הרלבנטיות ביותר למוצריהם וקובעים כמה לשלם, לפי "תשלום עבור כל לחיצה". ככל שהחברה מציעה מחיר גבוה יותר, כך מוצריה, העומדים למכירה פומבית, יופיעו במקום גבוה יותר בתוצאות החיפוש url:<http://www.overture.com/d/USm/home/;\$sessionid\$> YM4UV5YAA2PVFQFIEOSQPUQ< (נבדק לאחרונה במארס 2002). בשנה האחרונה גם yahoo! החלה למכור מיקומים בתוצאות חיפוש (נוסף על המכירה שהתבצעה כבר בקטגוריות החיפוש השונות שהיא מציעה). כעת, כאשר משתמש מבצע חיפוש ב-yahoo!, שלוש התוצאות ה"קנויות" הרלבנטיות ביותר לחיפוש יופיעו בחלק חדש הנקרא sponsor matches. ראו: Danny Sullivan, "Yahoo Expands Paid Placement Listings", *The Search Engine Report* (Dec. 3, 2001) url:<http://searchenginewatch.com/sereport/01/12-yahoo.html> (נבדק לאחרונה במארס 2002).

חשוב לציין שגם למנוע החיפוש Google, המעיד על עצמו כמי שאינו מוכר מיקום בתוצאות החיפוש, שמור המיקום הראשון בעמוד הראשון לנותן חסות, אם כי תוצאה זו מסומנת והדבר מצוין מפורשות.

88. ראו, לדוגמא, ירון אילן, "מנוע חיפוש" (לעיל, הערה 72).

89. בטלר (לעיל, הערה 82), טוען, שאפילו מנועי החיפוש בעלי היקף החיפוש הרחב ביותר אינם מגיעים למחצית מן האתרים המצויים ברשת.

90. מחקרים שבחנו את תפקודם של מנועי החיפוש מצביעים על כך, שהיקף תחולתו של

באופן פרדוקסלי גודש המידע מאיים על האוטונומיה של הפרט ועל מידת השליטה שנהנה ממנה הפרט בעיצוב זהותו והעדפותיו. התלות במנועי-חיפוש ובגורמי סיווג וסינון מעצימה את השפעתו של הפרט למניפולציות ומחלישה את יכולתו לבחור באורח אוטונומי. מנועי-חיפוש מהווים צוואר-בקבוק רב-עוצמה בסביבת המידע. לפיכך תחרות מבוזרת בין מנועי-חיפוש עשויה להיות חיונית ליצירת סביבת מידע פתוחה המאפשרת בחירה וחופש.<sup>91</sup>

## 2. עיצוב השיח בידי המשפט

התקוות הגדולות שהתפתחו סביב האינטרנט כ"טכנולוגיה של חופש" מחייבות גישה חופשית למידע. אולם בסביבה הדיגיטלית לא די במתן גישה פיסית לאמצעי-ההפצה ובהבטחת זכותו של כל אדם לפרסם ברשת בחופשיות (בכפופות למגבלות המקובלות של חופש הביטוי). כדי שהגולשים ברשת יוכלו לא רק להשמיע ולפרסם בחופשיות, אלא גם להישמע, צריך המשפט לסייע באופן אקטיבי לפלורליזם באמצעי-החיפוש. יעד זה יושג רק באמצעות שוק תחרותי של מנועי-חיפוש לצד השקעה ציבורית בפיתוחם של אמצעי-חיפוש חדשניים. תפקידו של המשפט בהקשר זה הוא להבטיח תחרות בין מנועי-החיפוש ולמנוע ככל האפשר מגמות של ריכוזיות וצבירת שליטה באמצעים אלו. המשפט צריך לפעול לצמצום זכויות בלעדיות בתוצאות חיפוש ובשיטות-חיפוש ולהטלת חובות גילוי על מנועי-החיפוש בנוגע לגורמים העסקיים והטכנולוגיים העלולים להשפיע על תוצאות החיפוש שהם מספקים.

אלא שהסדרים המשפטיים שהתפתחו בהקשר זה פועלים פעולה הפוכה. דוגמא לכך היא פרשת *eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*<sup>92</sup> במקרה זה הפעילה הנתבעת מנועי-חיפוש שאפשר למשתמשיו לבצע חיפוש מרוכז של פריטים במספר רב של אתרי מכירות פומביות במקביל. eBay, המנהלת את אתר המכירות הפומביות הגדול ביותר ברשת, התנגדה לשימוש הבלתי-מורשה באתר-המכירות שלה לדליית נתונים על העסקאות המוצעות לציבור. לאחר שהנתבעת לא נענתה לדרישותיה המפורשות של eBay להפסיק את ביצוע החיפושים באתר, עתרה eBay לבית-המשפט בבקשה לקבלת צו-מניעה זמני שיורה לנתבעת להימנע מכניסה לשרתים של האתר באמצעות כל סוג של תוכנה אוטומטית מבלי שנתקבלה לכך הסכמת eBay מראש.

מנועי-החיפוש הגדול ביותר אינו עולה על 16% מהתכנים הקיימים ברשת. לדיון על מגבלותיהם של מנועי חיפוש ראו לורנס וג'יילס (לעיל, הערה 84).

91. אינטרונה וניסנבאום (לעיל, הערה 73), 176-178, טוענות, שלא די ביצירת שוק תחרותי כדי לאפשר גישה לרשת. זאת כיוון שמנועי-חיפוש שישחקו לפי כללי השוק יפרסמו את האתרים העשירים והפופולריים על חשבון אתרים אחרים, כפועל יוצא של אלגוריתם החיפוש או כתוצאה מן המודל העסקי אותו הם אימצו.

92. ראו: *eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000) (להלן: פרשת eBay).



בית-המשפט נעתר לבקשה והוציא צו-מניעה, כמבוקש, על יסוד פרשנות מקורית של העילה המשפטית - "הסגת גבול במיטלטלין". בכך דחה בית-המשפט את טענת הנתבעת שלפיה אי אפשר לבצע עוולה של הסגת גבול באתר האינטרנט של eBay כיוון שהוא פתוח לציבור. השרתים של eBay וקיבולתם - כך נפסק - הם רכוש הפרטי של התובעת. לפיכך - פסק בית-המשפט - הגישה אליהם מותנית בהסכמת הבעלים. הואיל והחיפוש האוטומטי נאסר במפורש על-ידי eBay הן בתנאי השימוש הכלליים הן בהודעות המפורשות שנשלחו לנתבעת ובניסיון לחסום טכנית את גישתה לשרת, הסיק בית-המשפט כי החדירה לאתר באמצעות תוכנת חיפוש היא שימוש לא-מורשה ברכוש. השימוש הבלתי-מורשה מנע מ-eBay את האפשרות להשתמש בחלקיו ה"תפוסים" של רכוש הפרטי למטרותיה-היא. בית-המשפט הגיע למסקנה שאם פעילותה של הנתבעת תוסיף להתנהל בלא פיקוח, הדבר יעודד ביצוע חיפושים נוספים באתר של eBay באמצעות מערכות דומות באופן העלול לגרום לה נזק בלתי-הפיך (עקב ירידה בביצועי המערכת או בזמינותה).

בית-המשפט הדגיש בנימוקיו את התנגדותה של eBay לדליית נתונים באתר הן באמצעים טכניים הן באמצעים משפטיים. העובדה ש-eBay ניסתה באמצעים טכנולוגיים למנוע מהנתבעת להשתמש במאגר הנתונים שלה איננה מעניקה לה, כשלעצמה, זכויות משפטיות. להיפך: קיומם של אמצעים טכניים המאפשרים הגבלת השימוש באתר עשוי לייתר את הצורך בזכות משפטית למניעת הגישה לאתר - זכות שעלולות להיות לה השלכות מרחיקות-לכת על שוק מנועי-החיפוש וסביבת המידע. באינטרנט אפשר לשלול את הגישה למידע באמצעות אבטחת מידע. כך, בעליו של מאגר נתונים יכול לעשותו זמין אך ורק לצורכי הארגון או להגביל את הגישה למאגר הנתונים למנויים בלבד באמצעות סיסמאות או מערכות-הצפנה. החידוש שבהלכת eBay הוא בהכרה בזכות משפטית חדשה למנוע מן הציבור הרחב גישה למידע אשר משיקולים עסקיים ואחרים בחרו להשאירו פתוח.

יישומה של עוולת הסגת גבול במיטלטלין בכל מה שנוגע לאיתור מידע ודליית מידע ברשת הוא בעייתי. העוולה של הסגת גבול מבוססת על תפיסה קניינית, המניחה קיומו של מרחב פיסי מוגדר היטב שגבולותיו נפרצים בלא רשות. הניתוח של בית-המשפט ממתמקד בקיום הפיסי של שרת eBay, אלא שיש להבחין בין השרת הפיסי שעליו מתבצעות פעולות עיבוד המידע, ובין ההוויה העסקית הווירטואלית - דהיינו: אתר המכירות הפומביות - שעליה ביקשה הנתבעת לדווח. נוסף על-כך גבולות השרת לא נפרצו. שלמות השרת או המידע השמור עליו לא ניוקו באופן פיסי. הדימוי המנחה את הניתוח של בית-המשפט ומכתיב את מסקנותיו מבוסס על הדירה פיסיית לשרת, אולם תהליך דליית המידע אינו אלא תקשורת וירטואלית. אם שיגור שאילתות לשרת עלול להיות הסגת גבול, הרי שגם עצם הגלישה לאתר בלא רישיון, או בחריגה מתנאי הרשיון, עלולה להיות הסגת גבול. משתמשים המתארים את חוויית הגלישה ידווחו לעיתים קרובות: "נכנסנו לאתר XXX". השימוש בדימויים "כניסה" או "גלישה" איננו צריך לבלבל. "הגלישה" איננה אלא פעולה של שליפת מידע הכרוכה במשלוח מידע מדפדפן הגולש אל השרת שבו מצוי האתר אשר הוא מבקש לגלוש אליו. כדי שתתאפשר הגלישה,

צריך השרת שבו שמור האתר לבצע את משלוח המידע בהתאם לבקשה. השימוש במטאפורה של קניין פסי בהקשר זה עלול להיות מטעה. יש בו כדי להשפיע על המסקנות המשפטיות של בית-המשפט ולהניח את הבסיס לשימוש בדוקטרינות משפטיות שאינן מתאימות. לשימוש, כאמור, עלול להיות כוח מכונן: משעה שכינינו פעולת תקשורת נתונים המתבצעת עם השרת "הסגת גבול", יצרנו זכויות במרחב הווירטואלי מבלי לבחון את ההשלכות שעשויות להיות לכך.

לבסוף, היעדר הדרישה לנזק ממשי והסתפקותו של בית-המשפט בנוק פוטנציאלי (אם שימוש כאמור יהפוך למקובל וייושם על-ידי רבים, הוא עלול לגרום לנזק בלתי הפיך) הם בעייתיים. בהיעדר דרישה לנזק ממשי אי אפשר ליישם את העילה של הסגת גבול במיטלטלין באופן המבחין בין מצבים רגילים של תקשורת לאתר ובין מצבים אחרים שאולי ראוי להגביל ולמנוע. הסגת גבול במיטלטלין, שתחולתה בכל הנוגע לשרתים ברשת רחבה מאוד, עלולה להפוך לעילת-סל כללית החלה על כל פעולה ברשת.<sup>93</sup> לכן עילה זו כפי שיושמה על-ידי בית-המשפט רחבה וגורפת מידי.

החידוש בהלכת *ayeB* הוא בהכרה בזכות משפטית חדשה למנוע מן הציבור הרחב גישה למידע אשר בדרך-כלל פתוח לשימוש הכול. הלכת *eBay* מאפשרת לבעלי-אתרים וספקי-תוכן לחסום באמצעים משפטיים כל שימוש בנתונים המצטברים במנוע-החיפוש, שאיננו עולה בקנה אחד עם האינטרסים המסחריים שלהם. משמעות הדבר היא שכל ביצוע חיפוש וכל שימוש בתוצאות חיפוש מחייב רשיון. לכן הגם שהכלל שנקבע בפרשת *eBay* איננו מקנה זכויות קניין בתוצאות חיפוש או במידע שיש לדלותו ממעמקי הרשת, בפועל הוא יוצר זכות משפטית למנוע את השימוש במשאבים אלה. זכות כזו עשויה לאפשר לבעלי-אתר לשלוט באופן שבו יסווג האתר בידי מנוע-החיפוש. זכות זו עשויה להגביר את ההטיה בכל מה שנוגע לתוצאות חיפוש, כיוון שפעולות האיתור והמיון תהיינה כפופות להסכמה ולשליטה בלעדית של בעל-האתר. כלל זה אף מעמיס עלויות חדשות על מנוע-החיפוש (כגון ניהול משא-ומתן, כריתת הסכמים, ייעוץ משפטי) ומקשה על כניסת מתחרים חדשים לשוק.

לבסוף, הכלל המקנה זכות בלעדית לשימוש בתוצאות חיפוש, כפי שנעשה בפרשת *eBay*, מעניק כוח משפטי למנוע ממתחרים לחדור לשוק. אמנם, הצו הזמני שניתן על-ידי בית-המשפט מאפשר ל-*eBay* להגביל את הגישה לשרתיה. אלא שבפועל מטרתה של התובעת היתה לשמר את שליטתה במידע על המכירות הפומביות המתקיימות באתר, שליטתה בקהילת המשתמשים, ב"סדר-היום" הצרכני ובמרחב הבחירה של הלקוחות. הלכת *eBay* עלולה אפוא לחזק מגמות ריכוזיות בשוק מנוע-החיפוש בשעה ששוק זה זקוק להסדרים משפטיים שיעודדו תחרות.

93. ראו: Dan L. Burk, "The Trouble with Trespass", 274 *Journal of Small and Emerging Business Law* (2000).

## ג. ביזוריות בשיח הציבורי – מדוע זה חשוב?

עידן המידע ורשת האינטרנט פתחו פתח ליצירתו של שיח מסוג חדש. חידושו בכך שהוא מאפשר יצירתם של פורמים דינמיים, חלקם נוצרים אדי-הוק וחלקם מתנהלים כקהילה לאורך זמן. התשתית הטכנולוגית היוצרת קשר ישיר בין דוברים בעלות מינימלית מאפשרת התהוותו של שיח מבוזר שאינו מחייב שליטה מרכזית. מאפיין זה של הרשת מייחד אותה בהשוואה לטכנולוגיות תקשורת אחרות, כגון שידור טלביזיה המחייב שליטה מרכזית של המדינה כדי להסדיר את השימוש בתדרי השידור. העלויות הנמוכות מאפשרות לפרומים אלו להתקיים גם על בסיס שאינו למטרות רווח, בלא מודל כלכלי ומחוץ לזירת השוק. הדיון שלעיל הצביע על כך, כי גם כאשר הריכוזיות איננה פועל יוצא של הכרח טכנולוגי או כלכלי היא עלולה להיות תוצאה של כללים משפטיים.

האם ביזוריות השיח היא ערך חיוני שראוי לשקול בעת שמיישמים את החוק בסביבה האינטרנטית? הדיון שלהלן מנתח בקצרה את משמעותו של ביזור השיח הפוליטי והתרבותי לחיים הדמוקרטיים. אדון בסוגיה זו תוך התייחסות לשני מושגי-מפתח: השתתפות במרחב הציבורי ו"סגולות אזרחיות" (civic virtue).

## 1. השתתפות במרחב הציבורי

השיח הציבורי כמובן הרחב מגדיר את סדר-היום הציבורי: אילו שאלות תעמודנה לדיון ציבורי? אילו עמדות תיחשבנה חלק מן השיח? ואילו כלל לא תכללנה בו? מהם הערכים העומדים להכרעה ואילו עמדות וערכים יחשבו בלתי-לגיטימיים? המונח "שיח ציבורי" איננו מוגבל לדיונים פוליטיים בתוכניות-אירוח או לטורי העמדה של העיתונות הכתובה. השיח הציבורי מתרחש במרחבים נוספים של חיי התרבות והחברה ובממדים נוספים של חיי היומיום.<sup>94</sup> תהליכי הבניית משמעות מתרחשים כאשר אנשים נחשפים למידע או לעמדה ומגיבים על כך בדרכים שונות. ההכרעה עבור מי נצביע לכנסת או מה תהיה עמדתנו בסוגיית הסכסוך הישראלי-פלשתיני תושפענה לא רק מן החדשות ומאמרי המערכת, אלא גם מן ההקשר התרבותי: מי היו גיבורי הספרות של ילדותנו – פוקהונטס של דיסני, המבקשת לנצח דעות קדומות באמצעות קשר אהבה? או ירון זהבי מחסמבה? אינטראקציה והחלפת רעיונות במרחב הציבורי מבנות משמעות: הן משפיעות לא רק על עמדותנו הפוליטיות כמובן הרחב, אלא גם על בחירתו של מתווה חיים, על עיצוב הזהות העצמית, סדר-עדיפויות והבחנות בין טוב לרע. המשמעות – הסולם הערכי, סדר-העדיפויות, תפיסת הזהות העצמית, עולם הדימויים – כל אלה מעוצבים באמצעות השיח הציבורי כמובן הרחב. השיח מתרחש בין המשתתפים בינם לבין עצמם, באינטראקציה עם גיבורי תרבות, בשיח עם הטכנולוגיות, בתהליכי יצירה. אפשר

94. ראו: Niva Elkin-Koren, "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright in Cyberspace", 14 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (1996), 215.

להשתתף בשיח הציבורי לא רק כדובר ישיר, אלא גם כקורא, צופה או מאזין, המבקש למצוא ביטוי לעמדותיו או תחושותיו בביטויים ובסמלים שהופקו כבר בידי אחרים: בסיפור, בצילום, בלחן או בסרט עלילתי, ולעתים אף בפרסומת או במוטג. מכאן נובעת החשיבות הרבה הנודעת לביזוריות השיח המתרחש במרחב הציבורי ולאפשרות של כל פרט לקחת חלק פעיל בתהליכים של יצירת משמעות.<sup>95</sup> מסיבה זו הכרחי גם להבטיח גישה סבירה להשתתפות בשיח ולצמצם הבדלים קיצוניים הקיימים ביכולת להשתתף. מבנה השיח מכתוב במידה רבה מי יהיו המשתתפים בו ומה יהיה כוחם. כאשר השיח מתנהל באמצעות מתווכים ריכוזיים, כגון אמצעי התקשורת וחברות התוכן, הם המשמשים בימה לציבור בכללותו. גופים אלה נהנים אפוא מיתרון ניכר במתן ביטוי לעמדות המשרתות את עניינם, והעובדה שמדובר בגופים הפועלים למטרות רווח, המונעים עליידי אינטרסים דומים, עלולה לצמצם את הפלורליזם בשיח. ככל שהשיח ריכוזי יותר ופערי הכוחות בין המנהלים את השיח ובין משתתפים אחרים גדולים יותר, כך קטן סיכויים של האחרונים להשתתף בשיח באורח משמעותי. בשיח מבוזר יותר ניתן משקל רב יותר לביטוי של הפרט. יש המתריעים בפני ביזוריות יתר, ועמה הסכנה של התפוררות "מדורת השבט" והלכידות החברתית. לטענתם, כאשר כל מגזר עוסק בענייניו בנפרד, מתפוררת הזהות הקהילתית, מידלדלים הזיכרון הציבורי והמורשת ונשמט הבסיס המשותף לחיים ציבוריים.<sup>96</sup> הלכידות החברתית מבוססת על ניסיון משותף והודמנות לדיון ציבורי בנושאים משותפים.<sup>97</sup> ריבוי האתרים וקבוצות העניין מעלה את הסיכון שגולשים ייחשפו לעמדות מסוג אחד בלבד ולמידע סלקטיבי. לפיכך – כך נטען – עלולה הרשת להוביל לפיצול חברתי ולשבטיות ולעודד הקצנה, שנאה ו אלימות.<sup>98</sup>

עמדה זו מתעלמת מאופיה המיוחד של המדיה הדיגיטלית ומן השינויים שהיא מחוללת.<sup>99</sup> היא מניחה את קיומן של קבוצות מגובשות שחבריהן מזוהים עמן באופן מלא

95. לדיון רחב בסוגיה זו ראו שם, 232-235.

96. ראו: Cass R. Sunstein, *Republic.com* (Princeton University Press, Princeton, N.J., 2001); Neil Weinstock Netanel, "Book Review: Cyberspace 2.0", *79 Tex. L. Rev.* (2000) 447, pp. 469-490.

97. ראו: *Republic.com*, (לעיל, הערה 96), 89-103.

98. ראו: *Republic.com*, (לעיל, הערה 96), 66-67. כך למשל, גולשים מן הימין אשר יקבלו אך ורק מידע המתפרסם באתר "חדשות ישע" <<http://www.yeshanews.com>> (נבדק לאחרונה במאי 2002) עשויים להיחשף למידע סלקטיבי ולקשת עמדות הומוגנית. ראוי לציין, שמצב זה עלול להיווצר גם כאשר ציבורים מסוימים אינם מצליחים להזדהות עם המסרים של ערוצי התקשורת הקיימים ומחפשים את ביטויים בערוצים אלטרנטיביים (כמו, למשל, ערוץ שבע או כתב העת נקודה). רשת האינטרנט יוצרת בהקשר זה בימה זמינה ופתוחה לכול ובכך מסירה חלק מן החסמים הכלכליים והרגולטוריים שעמדו בפני קבוצות אשר ביקשו ליצור פורמים אלטרנטיביים בסביבת התקשורת הטרנס-אינטרנטית.

99. לביקורת ברוח זו ראו: Dan Hunter, "Review Essay: philippic.com Republic.com by Cass Sunstein" *90 California Law Review* (2002).

ולכן, כמו המציאות הפיסית, נזקקים לקבוצה או לארגון לכל דבר ועניין. הנחה מוטעית זו מובילה למסקנה, כי משתמשים יגלוש אך ורק לאתר הקבוצה או הארגון שעמו הם מזוהים. אולם קיומם של בוטיקים רעיוניים<sup>100</sup> או אתרים ממוקדי עניין מאפשר לכל גולש לפתח תחומי עניין רב-גוניים, לפתח היבטים שונים של זהותו ולהשתייך לקהילות שונות ומגוונות בר-זמנית.<sup>101</sup> הגלישה היא פעולה אינדיבידואלית שבניגוד לצפייה בטלביזיה איננה נעשית בפומבי.<sup>102</sup> לכן דווקא הגלישה ברשת האינטרנט עשויה לעודד חירות רבה יותר בחיפוש אחר תחומי עניין ותוכן אלטרנטיבי. נוסף על-כך, בניגוד לשידור טלביזיוני או עיתון יומי האורזים עבור הצופה/קורא תוכן מוקפד וערוך מראש, החופש לגלוש עשוי להוביל את הגולש לאתרים רבים ומגוונים שתוכנם אינו ידוע לו מראש וסדר הופעתם אינו מוכתב על-ידי עורך כלשהו.

זאת ועוד: העמדה המתריעה מפני ביזוריות-יתר מבטאת תפיסה רומנטית (כמו גם אליטיסטית) הרואה ב"מדורת השבט" בתיווכם של אמצעי-התקשורת ביטוי לעניין הציבורי הכולל, כאילו "סדר-היום הציבורי" הוא עובדה קיימת שאיננה תלויה בשאלה סדר-היום של מי? יש בעמדה זו משום התעלמות מן המחיר הכרוך בהגמוניה תקשורתית (וישנם הטוענים אף סוציו-אקונומית ופוליטית). כפי שמלמד נסיון העבר, הגמוניה זו עלולה לדחוק אל צל הזרקורים נושאים שנויים במחלוקת, עמדות ותחומי עניין של קבוצות קטנות או סוגיות שהעיסוק בהן אינו מתיישב עם האינטרסים המידיים של בעלי המאה בתקשורת המסחרית או קברניטי התקשורת הממלכתית.

מכיוון אחר ישנם הסבורים כי ביזוריות-יתר עלולה להחליש את עוצמתם הכלכלית של אמצעי-התקשורת המסחריים שהינה חיונית לחופש הביטוי, בהיותה כוח ריכוזי רב-עוצמה שיש בכוחו לעמוד מול כוחה של המדינה.<sup>103</sup> עמדה זו מתעלמת מן הדאגה ההולכת וגוברת מפני ריכוזו של כוח פוליטי וכלכלי בידי מעטים השולטים בתעשיית התקשורת, המבטאת מחויבות להבטחת האינטרסים של בעלי-הממון.<sup>104</sup> זאת ועוד: הואיל ומדובר אחרי הכול בגופים מסחריים, עלול השיח להצטמצם ליחסי שוק כלכליים ולבטא הטיה לאידיאולוגיה

100. כמו, למשל, בית חב"ד <http://www.chabad.org.il/news.htm> (נבדק לאחרונה במאי 2002) או האגודה למלחמה בסמים <http://www.legalize.org.il> (נבדק לאחרונה במאי 2002).

101. Niva Elkin-Koren and Eli M. Salzberger, "Law, and Economics in Cyberspace", 19(4) *The International Review of Law and Economics* (1999), 553

102. בעוד שחויית הגלישה היא פרטית, הרשת היא מרחב ציבורי. ישנם אמצעים טכנולוגיים המאפשרים חדירה לפרטיות ועלולים לאיים על יכולתו של הפרט לבחור באורח אוטונומי במה הוא חפץ לעיין ועם מי הוא בוחר להתרועע ברשת. הגנה על הפרטיות ברשת היא אפוא חלק חיוני וחשוב להבטחת חריות הפרט.

103. ראו: Neil Weinstock Netanel, "Market Hierachy and Copyright in Our System of Free Expression", 53 *Vand. L. Rev.* (2000), 1879

104. ראו: Robert W. McChesney, *Rich Media, Poor Democracy, Communication Politics in Dubious Times* (University of Illinois Press, Urbana, 1999)

של צרכנות וצריכה.<sup>105</sup> בסביבה כזאת תוכן מהווה עוד ביטוי המשקף נאמנה בחירה חופשית ואוטונומית, אלא מוצר הנוצר במטרה שישווך כמצרך. השיטה הדמוקרטית מבקשת להבטיח הזדמנות שווה לכול ליטול חלק בהליך הדמוקרטי. השתתפות בהליך הדמוקרטי איננה מתמצית אך ורק באקט של בחירות ובשוויון זכויות בקלפי, אלא מחייבת גם מתן הזדמנות ליטול חלק בשיח הציבורי. כדי להבטיח חופש ביטוי לא רק במובן הזכות הפורמלית לביטוי, אלא במובן היכולת ליטול חלק של ממש בשיח, יש לבזר תהליכים של יצירת תוכן ומשמעות ולאפשר לציבור רחב ככל האפשר להשתתף בתהליך ייצורה של תרבות. ריכוזיות בשיח עלולה להוביל לשליטה תרבותית העשויה לאיים על האוטונומיה האישית ולצמצם את חירויות הפרט.

## 2. סגולות אזרחיות (civic virtue)

היכולת ליטול חלק פעיל בשיח הציבורי איננה רק חיונית ליישום ההליך הדמוקרטי, אלא גם בעלת ערך עצמאי – חיווק סגולותיו האזרחיות של הפרט, כלומר: הזיקה לקהילה, תחושת השייכות והמחויבות והתפיסה העצמית של הפרט את עצמו כמי שיכול להשפיע.<sup>106</sup> לסגולה זו חשיבות רבה לחיים הדמוקרטיים, שכן היא מאפשרת לאזרחים לקבל החלטות הנוגעות לקבוצות או ליחידים אחרים מתוך תחושת שייכות וסולידריות חברתית.<sup>107</sup> כאשר השיח הציבורי הופך לשוק מצרכים, מצטמצם תפקידם של הפרטים להיבטים צרכניים ונעדר תפקידם כאזרחים הנוטלים חלק פעיל בעיצוב חיי הקהילה. למעשה כאשר השיח הציבורי מתווך באמצעות גורמים מסחריים, הציבור עצמו הוא במידה רבה "מצרך" הנמכר על-ידי ספקי-התוכן למפרסמים המממנים את שידורו. ישנה חשיבות רבה להבדל בדרך שבה אנשים יוצרים ומביעים את העדפותיהם בתפקידם כאזרחים למול הדרך שבה העדפותיהם באות לידי ביטוי בתפקידם כצרכנים.<sup>108</sup> כאשר השיח הציבורי נעשה בתיווכם

105. לדיון במגבלותיה של התקשורת המסחרית בהקשר הישראלי ראו נעם ירון, ערוץ 2: הממלכתיות החדשה (רסלינג, תל-אביב, 2001). ראו גם נאוה קוורטלר, "בעלי הבית", העין השביעית 36 (ינואר 2002) 24. המחברת בחנה את ההשערה, כי העיתונים מסקרים חברות בבעלות צולבת עם העיתון במידה רבה יותר מאשר חברות אחרות ובאופן אזהר יותר.

106. ראו: Cass R. Sunstein, "The Republican Civic Tradition: Beyond the Republican", *97 Yale L. J. Revival*, (1998) 1539, p. 1556.

107. שם, בעמ' 1547: "a system lacking widespread participation will suffer from the failure to cultivate the various qualities that may accompany political life - self-development, feeling of empathy, social solidarity, and so forth".

108. ראו: Cass R. Sunstein, "Endogenous Preferences, Environmental Law", 22 *Journal of Legal Studies* (1993), 217, pp. 242-243; Cass R. Sunstein, "Social Norms and Social Roles", 96 *Columbia Law Review* (1996) 903, pp. 923-925; Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1993) 144, pp. 144-147, 158-159, 203-210.

של כלי-התקשורת המסחריים, הציבור נוטל בו חלק כצרכן בלבד. ההשתתפות בשיח נעשית באמצעות יצירת ביקושים, וחופש הבחירה מתמצה בהחלטה האם לרכוש מנוי לעיתון? האם להתחבר לחברות-הכבלים או הלוויין? האם לצפות בסרט בקולנוע או בטלביזיה? ההקשר המסחרי משנה את היחס שבין הפרט למסר. מוצרים רוכשים, בעוד שדעות מחליפים ומגבשים בתהליך של שיח. יכולת בחירה צרכנית לא רק שאיננה מבטאת אוטונומיה במובן האזרחי, אלא גם איננה מעודדת זיקה ומחויבות לקהילה.

כאשר החלטות הנוגעות לייצור תוכן נוטות לשקף אינטרסים מסחריים, השיח הציבורי הופך לשוק של מידע במקום לפורום להחלפת דעות. כאשר מוצרי תרבות, כגון סרטים וסדרות-טלביזיה, נמדדים במונחים של רווחיות, אי אפשר לומר שהם משקפים דעות אותנטיות, דאגות, רעיונות ועניין אמיתי. ההחלטה מה ליצר, מתי והיכן להפיץ תוכן, מבוססת על אינטרסים מסחריים של חברות פרטיות, השואפות למקסם את רווחיהן. העובדה שמידע נסחר כמוצר משפיעה על סוג המידע אשר נוצר. כאשר סרט, ספר או תוכנית טלביזיה מיוצרים ונמכרים כסחורות, תוכנם נקבע על-פי פוטנציאל המכירות שלהם.<sup>109</sup> מרחב ציבורי שרובו ככולו הוא שוק של מוצרי מידע, מתמקד ברווחים ובשליטה, ולא במטרות ציבוריות. שוק מעין זה מעודד ניכור וציניות בכל הנוגע לשיח הציבורי ועלול לחזק תחושות של ניכור והתבדלות.<sup>110</sup>

שיח בתיווך אמצעי-התקשורת המונעים על-ידי אינטרסים מסחריים מפחית את מידת האמון שהפרט חש לגבי הדוברים, מחשש שמא מנסים למכור לו משהו. אמון הוא מרכיב חיוני בשיח, שכן הוא תנאי הכרחי לפתיחות, לקשב לעמדות אחרות ולנכונות להשתכנע ולהשתנות. אמון הוא גם מרכיב חיוני וחשוב ביצירת קהילה, העשוי לתרום לאיכות חי הפרט והקהילה באמצעות חיזוק הסולידריות החברתית.<sup>111</sup> כאשר השיח מתנהל באופן בלעדי בחסות מסחרית, עלול יחס של האזרח לקהילה להפוך חשדני יותר והוא עלול לאבד את אמונו בשיח הציבורי.

Daphna Zamir-Levinsohn, "Consumer Preferences, Citizen Preferences and the Provision of Public Goods", *108 Yale Law Journal* (1998), 377

109. ראו: Ronald V. Bettig, *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property* (Westview Press, Boulder, Colo., 1996), 36  
Pierre Bourdieu, *On Television* (New Press, New York, 1998)

110. סנטימנט זה בא לידי ביטוי בביטויים כגון "תקשורת עוינת", "שלטון האליטות" או "חמש המשפחות", כמו גם בטענות שהועלו בעבר כנגד עורכי תוכניות ברדיו המסרבים לנגן מוסיקה מזרחית.

111. ראו: Robert D. Putnam, Robert Leonardi and Reffaella Y. Nanetti, *Making Democracy Work: Civic Tradition in Modern Italy* (Princeton University Press, Princeton, N.J., 1993), 169-170

מנקודת־מבט זו השיח המבוזר, המאפשר תקשורת ישירה בין הגולשים, הוא נכס חברתי יקר־ערך. לפיכך ישנה חשיבות לשמירה על שיח ציבורי מבוזר ככל האפשר, המניח למשתתפים רבים יותר ולציבורים רחבים יותר לקחת חלק פעיל בתהליכים של עיצוב עדיפויות ויצירת משמעות.

#### ד. דברי סיכום

האינטרנט הוא תשתית ליצירת שיח ציבורי מסוג חדש – שיח אישי במרחב ציבורי, תקשורת־המונים המסדרת מ"רבים אל רבים", שיח בקהילות אדי־הוק ושיח בפורומים המתקיימים לאורך זמן. מסגרות אלו פותחות פתח להשתתפות פעילה של הפרט במעגלי השיח ובתהליכי יצירת משמעות. אולם תחייתן של מסגרות־שיח אורחיות וולונטריות מחוץ לשוק המסחרי מסתייעת, ולעתים אף מתחרה בפעולתם של גורמים מסחריים, כגון ספקי תוכנה, מנהלי אתרים, מנהלי פורמים, ספקי גישה, ומנועי־חיפוש.

רשת האינטרנט יוצרת אפוא מארג חדש של יחסים בין פעולות אזרחיות שלא למטרות רווח ובין פעולתם של גורמים מסחריים. תפקידם של מתווכי מידע אלו שונה מתפקידם של אמצעי התקשורת המסורתיים. אין הם עוד שופר לדעת־הקהל, אלא יוצרים את התנאים לקיומו של שיח ישיר בין דוברים. ה"קהל" ברשת האינטרנט אינו עוד צרכן פסיבי של מוצרי תוכן, אלא ציבור משתמשים הנוטל חלק פעיל בשיח. מסגרות השיח החדשות יוצרות מערכות־יחסים מסוג חדש בין מתווכי המידע ברשת לציבור המשתמשים. מבנה השיח משפיע גם על התכנים והמסרים הנוצרים בו.

לעומת זאת, השיח המשפטי בסוגיית חופש הביטוי מניח הנחות שונות בתכלית בנוגע למהותו של "השיח הציבורי". ההסדרים המשפטיים הנוגעים לחופש הביטוי התפתחו במצב עניינים שבו השיח התנהל בתיווכה של המדינה או בתיווכם של גורמים מסחריים (אמצעי־התקשורת ויצרני התוכן הגדולים). במציאות החדשה שנוצרה ברשת האינטרנט לא די עוד בחופש הביטוי במובנו השלילי, המגן על הפרט מפני כוחה המגביל של המדינה. לא די בכך שהפרט חופשי ממגבלות על הביטוי, אלא יש להבטיח כי יהיה ביכולתו להתבטא בפועל. יש לבחון כיצד אמצעי הביטוי העומדים לרשותו של הפרט משפיעים על מה שיבחר או יוכל לבטא – אם באופן אקטיבי כדובר ואם באופן פסיבי כמשתמש של תוכן עמו הוא יכול להזדהות.

המציאות שנוצרה ברשת האינטרנט מחדדת את השאלה, באיזו מידה אפשר לקיים שיח ציבורי במובנו הדמוקרטי בשוק מסחרי? ההזדמנות ליצור תוכן ולהפיץ מסר בדרכים לא־מסחריות מאתגרת את המשוואה הליברלית המסורתית בין שוק הרעיונות לחופש הביטוי. מציאות זו מחייבת להכיר במורכבות הנובעת מן הדואליות של הפרט כצרכן וכאזרח ושל מתווכי המידע כבימות ציבוריות וכעסקים המונעים משיקולים מסחריים. מעורבותם הבלתי־ישירה של מתווכי המידע המסחריים ברשת והשפעתם על הבניית השיח מחייבת לבחון מחדש את ההסדרים המשפטיים שראוי להחיל בתחום זה.

האתגר העומד בפני מערכת־המשפט הוא לאתר את התנאים להבטחת חירות המחשבה והאוטונומיה של הפרט ברשת האינטרנט, כך שאפשר יהיה ליישם ברשת את עקרונות חופש הביטוי תוך התאמתם לכללי המשחק המשתנים.