



הכנסת

מרכז מחקר ומידע

מסמך רקע בנושא:
גבולות חופש הביטוי באינטרנט

**מוגש לוועדה לענייני מחקר
ופיתוח מדעי וטכנולוגי**

כתיבה: יפעת הולנדר, עוזרת מחקר ומידע
עריכה לשונית: מערכת "דברי הכנסת"

י"ד באייר תשס"א
7 במאי 2001

תמצית

א. סוגיית חופש הביטוי

בחופש הביטוי באינטרנט גלומות אפשרויות רבות, אך טמונה בו גם סכנה. רבים חרדים מהשפעות מזיקות של ביטויים חריגים או מסוכנים המוצאים בו את מקומם. תכנים מופצים ברשת לכל משתמש בלי הגבלות מיוחדות, בלי פיקוח ציבורי ובלי שיקולים של אתיקה מקצועית. לפיכך יש לתת את הדעת לחופש הביטוי באינטרנט ולהציב לו גבולות.

אומנם חופש הביטוי טרם עוגן במפורש בחוקי-היסוד, אך הוא מוכר ומעוגן במשפט הישראלי כזכות יסוד "עילאית", והוא חלק בלתי נפרד ממשפט המדינה. בשורה ארוכה של הלכות יצר בית-המשפט העליון איזון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים אחרים, ונתן לעיקרון זה משקל רב – ופעמים רבות מכריע. ובכל זאת קבועות בחקיקה הגבלות על הזכות להפעיל כלי תקשורת ועל זכות הגישה אליו.

בסוגיית חופש הביטוי יש לשאול אם הגבלות ואיסורים מיוחדים יכולים וצריכים לחול על תקשורת באינטרנט, ואם יש להחיל על הביטוי באינטרנט את החופש היחסי המוקנה להוצאות ספרים, את ההגבלות החמורות יותר החלות על תקשורת ושירותי מידע בטלפון או את ההגבלות החלות על התקשורת המשודרת, או שמא נדרשת אמת מידה חדשה לחופש הביטוי באינטרנט משום אופיו ומהותו.

ב. אחריותו של ספק השירות למסרים המועברים באמצעותו

ספק שירותי האינטרנט איננו בהכרח מוסר המידע, אלא הוא תחנת ביניים בהפצתו. במרחב המקוון ספק שירותי האינטרנט הוא גורם הכרחי. יש לו שליטה על עצם התקשורת, והוא זוכה לרווח פיננסי מהפצת המידע.

השאלה המרכזית היא, האם ספקי השירות צריכים להיות אחראים בפני המשתמשים לנזקים שנגרמו מפרסומים ברשת? סוגיה זו שנויה במחלוקת. ברשת אפשר לעשות מגוון רחב של פעולות בצורות התקשורת רבות. כל דרך התקשורת מעוררת שאלות מורכבות בדבר האחריות של המפרסם מצד אחד ובדבר האחריות של ספק השירות מצד אחר.

ג. חקיקה במדינות העולם

מבדיקה של פסקי-דין ושל החקיקה בארה"ב ובכמה ממדינות אירופה בנושא ספקי שירות מידע אפשר לומר כי בדרך כלל, כשידוע לספק שפרסום מסוים הוא בגדר הוצאת לשון הרע נגד צד שלישי, עליו לפעול להפסקת הפרסום. ככל שהספק בודק יותר את המופץ באמצעותו, כך גוברת אחריותו לאופי החומר המתפרסם. אם הוא מכיל חומר פוגע, עליו להסירו ברגע שגילה זאת, ולחלופין, ברגע שהופנתה תשומת לבו לעניין. אם לא יעשה כן, הוא עתיד לשאת באחריות לנזקים שייגרמו.

המחוקק האמריקני נוטה שלא להטיל על ספקי שירות אחריות לחומר המפורסם באמצעותם באינטרנט. לעומתם, החקיקה בדייקטיבה האירופית מטילה אחריות בהסתייגויות מסוימות.

ד. חיפוש ותפיסה

יש שתי גישות עיקריות בכל הנוגע לחיפוש במערכות מחשב ולתפיסתן. לפי האחת, ההוראות שבדיני החיפוש והתפיסה הכלליים אינן מתאימות לחיפוש במערכות מחשב ולתפיסתן, ויש לקבוע כללים ספציפיים לחיפוש במחשב. בעת קביעת הכללים יש להביא בחשבון את הפגיעה החמורה בפרטיות, בצנעת החיים ובקניין הכרוכה בחיפוש במחשב מחד גיסא, ואת חיוניותו של המחשב והחומר שבו לניהול חקירה יעילה מאידך גיסא. לפי גישה אחרת, החקיקה הקיימת בתחום החיפוש והתפיסה הכלליים ניתנת ליישום גם בכל הנוגע לחיפוש במערכות מחשב ולתפיסתן, למעט כמה תחומים שבהם חיפוש "רגיל" נבדל מחיפוש במחשב, ויש לתת עליהם את הדעת.

הקדמה

בחופש הביטוי באינטרנט גלומות אפשרויות רבות, אך טמונה בו גם סכנה. רבים חרדים מהשפעות מזיקות של ביטויים חריגים או מסוכנים המוצאים בו את מקומם. תכנים מופצים ברשת לכל משתמש בלי הגבלות מיוחדות, בלי פיקוח ציבורי ובלי שיקולים של אתיקה מקצועית. לפיכך יש לתת את הדעת לחופש הביטוי באינטרנט ולהציב לו גבולות.

1. רשת האינטרנט וחופש הביטוי

בדיון על חופש הביטוי באינטרנט יש להבחין בין שתי סוגיות: חופש הגישה לאינטרנט – זכותו של אדם להיכנס לרשת ולקבל ולהעביר בה מסרים, בלי רשיון מיוחד ובלי לעמוד בדרישת סף; חופש הביטוי התוכני ברשת – הזכות לפרסם ברשת תכנים ולהעביר בה מסרים בלי הגבלה. מסמך זה עוסק בסוגיה השנייה.

1.1 חופש הגישה לאינטרנט

האינטרנט, להבדיל משידור אלחוטי ומהטלוויזיה בכבלים, נגיש כיום לכל משתמש בעולם המערבי, בעלות נמוכה ובלי מחסום טכני עקרוני. טיעונים בדבר נזקים שעלולים להיגרם משידור לא אחראי, כגון שידור חומר פורנוגרפי, שידור הפוגע בביטחון המדינה או שידור הפוגע בשמו הטוב של אדם, יכולים להצדיק הגבלה של תוכני השידור באינטרנט, אך אין בהם כדי להצדיק את שלילת זכותו של אדם להשתמש בשירותי הרשת.

1.2 חופש הביטוי

בשנת 1996 נחקק בארה"ב Communications Decency Act. החוק קובע כי העברת מסרים לא צנועים העלולים להגיע לקטינים דרך התקשורת היא עבירה פלילית. בפסיקה מקיפה, שסקרה את ההבדלים בין אמצעי התקשורת מבחינת ההגנה על חופש הביטוי, קבע בית-המשפט כי אופייה של רשת האינטרנט מצדיק הגנה מקסימלית על חופש הביטוי, כמו ההגנה הניתנת לביטוי בעיתונות הכתובה, ואין הצדקה להטלת הגבלות הדומות לאלה המוטלות על שידורי טלוויזיה או רדיו. בפסק-הדין נאמר כי הקונגרס האמריקני חוקק חוק מרחיק לכת, האוסר הצגת מסרים בלתי צנועים הפוגעים בטעם הטוב באינטרנט, משום הדאגה העמוקה שמלווה את התפתחותו של אמצעי התקשורת החדש ומשום הרצון לקבוע את תחומו של חופש הביטוי בו. ואולם, בית-המשפט בארה"ב שוכנע שאכיפת החוק החדש תגרום נזק לפרטים ולארגונים הפועלים ומשדרים באינטרנט ומקיימים פעילות חשובה, חיונית ולגיטימית, וקבע כי יש לפסול את החוק ולאפשר את המשך קיומו של חופש הביטוי ברשת. הגיוון הרב בתכנים, העדר מחסור של ממש בתשתיות, הגישה החופשית של כל אדם לרשת והחשיבות של הדמוקרטיה ושל זכות הציבור לדעת היו נימוקים מכריעים בקביעה חד-משמעית שאסור לממשלה לפגוע בחופש הביטוי באינטרנט.

2. חופש הביטוי בחקיקה בישראל

חופש הביטוי טרם עוגן במפורש בחוקי-היסוד,¹ אך הוא מוכר ומעוגן במשפט הישראלי כזכות יסוד "עילאית", והוא חלק בלתי נפרד ממשפט המדינה. בשורה ארוכה של הלכות יצר בית-המשפט העליון איזון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים אחרים, ונתן לעיקרון זה משקל רב – ופעמים רבות מכריע. עם זאת, עדיין קבועות בחקיקה הגבלות על הזכות להפעיל כלי תקשורת ועל זכות הגישה אליו. למרות הכרה מסוימת בזכות הגישה לאמצעי התקשורת, בזכות הציבור לדעת ובחופש המידע, יש בחקיקה בישראל הגבלות רבות על זכותו של הפרט להקים ולהפעיל אמצעי תקשורת, לקבל אינפורמציה מגוונת ומלאה ולהעביר מסרים במישרין לקהל הרחב. החקיקה הקשורה בתקשורת בישראל אוסרת הוצאת עיתון, שידורים לציבור והעברה או קליטה של מידע באמצעות תיל, אלחוט או מערכות אלקטרומגנטיות בלי רשיון מהממשלה.

יש לשאול אם הגבלות ואיסורים מיוחדים יכולים וצריכים לחול על תקשורת באינטרנט, ואם יש להחיל על הביטוי באינטרנט את החופש היחסי שממנו נהנות הוצאות ספרים, את ההגבלות החמורות יותר החלות על תקשורת ושירותי מידע בטלפון או את ההגבלות החלות על התקשורת המשודרת, או שמא נדרשת אמת מידה חדשה לחופש הביטוי באינטרנט משום אופיו ומהותו.

2.1 חופש הביטוי באמצעי התקשורת בישראל

בחינת ההגנה על חופש הביטוי באמצעי התקשורת בישראל עשויה להיות בסיס להתמודדות עם השאלות שהוצגו לעיל. אומנם יש בישראל מגמה של החלת נורמות של אמון וחובה לשרת את הציבור הרחב על העיתונות הכתובה, ובכל זאת אפשר להבחין בשתי רמות של חופש ביטוי באמצעי התקשורת: התקשורת הכתובה זוכה לחופש ביטוי רחב, למעט הגבלות כלליות החלות על כל ביטוי, ואילו התקשורת האלקטרונית כפופה לחקיקה מיוחדת המטילה עליה הגבלות וחובות בעלות אופי ציבורי.

2.1.1 רישוי עיתונים וחופש הביטוי בעיתונות הכתובה – העיתונות הכתובה בישראל זוכה להגנה רחבה ביותר בכל הנוגע לחופש הביטוי. הגישה הזאת מקורה בארה"ב, ולפיה העיתונות הכתובה זכאית לחופש הביטוי הרחב ביותר בכל כלי התקשורת. בהעדר חקיקה מיוחדת, העיתונות הכתובה היא הנהנית העיקרית מהמסורת המפוארת של חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט בישראל.

2.1.2 התקשורת האלקטרונית – המחוקק הישראלי ביטא במפורש את העמדה שמקורה בארה"ב, שלפיה תשתיות התקשורת, גלי האתר והזכות לשדר שידורים לציבור באמצעות כבלים הם רכוש הציבור. לפי עמדה זו, אמצעי התקשורת האלקטרוניים מופקדים מטעם הציבור על משאב מוגבל, ובהיותם נאמני הציבור הם כפופים לחובות מכבידות ולהגבלות ניכרות על חופש

¹ משפטנים רבים סבורים כי חופש הביטוי מעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הביטוי. גם זכייני הטלוויזיה בכבלים כפופים לחקיקה מפורטת ולחקיקת משנה ענפה המגבילה את חופש הביטוי של הזכיינים, הן ברמת התוכן הן בחופש הגישה ובזכות התגובה. השימוש בנכס הציבורי – תשתיות התקשורת – אינו ההצדקה היחידה למעורבות ולפיקוח הציבורי על שידורי טלוויזיה ורדיו. עוצמתה של התקשורת האלקטרונית, יעילותה, השפעתה על הציבור ונגישותה גרמו גם הם לכך שחופש הביטוי בה יוגבל.

2.1.3 האינטרנט – המחוקק הישראלי עדיין לא קבע הסדר משפטי מיוחד לאינטרנט. המשתמש ברשת האינטרנט באמצעות מתקניו של בעל רשיון לספק שירותי אינטרנט, פועל בתוך כלי תקשורת חופשי מהגבלות ספציפיות בתחום הביטוי. החוקים המגבילים את חופש הביטוי ברשת הם החוקים הכלליים החלים על כל ביטוי של אדם בישראל, כגון **חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, וחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981**, וההלכה המשפטית התוחמת את גבולותיהם. חוקים חלים על השימוש ברשת בכל הקשור בפרסום, שכן פרסום מוגדר בסעיף 2 לחוק איסור לשון הרע הגדרה רחבה. החקיקה המיוחדת הנוגעת לשידורי רדיו, טלוויזיה וכבלים אינה חלה על השידור באינטרנט.

3. מאפייני האינטרנט

בדיון בחופש הביטוי באינטרנט יש להביא בחשבון את היכולת להגביל את חופש הביטוי ברשת ולאכוף הגבלות. גם הטוענים שיש להחיל על רשת האינטרנט את ההגבלות הקיימות בחקיקה הנוגעת לחופש הביטוי, יודעים שלאינטרנט יש מאפיינים המבדילים אותו מאמצעי תקשורת כתובים ואלקטרוניים אחרים:

- א. אין גוף מרכזי שאפשר להטיל עליו את האחריות למידע המתפרסם או מועבר ברשת.
- ב. לאינטרנט אין גבולות, ואפשר להעביר מסרים ממדינה למדינה במהירות. לריבונות אין משמעות רבה באינטרנט, שכן אפשר לרכוש שירותים ואתרי פרסום כמעט בכל מקום בעולם. להבדיל מאמצעי התקשורת האחרים, באינטרנט הנגישות למידע דומה בכל מקום בעולם, והמרחק הפיזי כמעט אינו משפיע על העברת המידע. הסדרה של כללי התנהגות ברשת אינה יכולה להיעשות בכוח החקיקה של מדינה זו או אחרת, אלא באימוץ כללים בין-לאומיים לניהול הרשת ולאתיקה הראויה בה באמנה בין-לאומית.
- ג. הרשת היא וירטואלית, והגולשים בה יכולים לשמור על אנונימיות או להתחזות לאחרים. מפרסמי המידע אינם חייבים להזדהות בשם, ולרבים מהם שמות בדויים. בתקשורת המסורתית השימוש בפסבדונים נחשב פסול, ואילו באינטרנט הוא לגיטימי.
- ד. אווירת הפתיחות ברשת יוצרת תחושה של ביטחון וחוסר סכנה.

מאפיינים אלו של האינטרנט מעוררים כמה שאלות בתחום חופש הביטוי והמשפט באינטרנט. העיקרית בהן היא שאלת הגורם האחראי ומידת האחריות לחומרים המתפרסמים ברשת במגוון דרכים – בלוחות מודעות אלקטרוניים, בחדרי שיחות (Chat Room), בדואר אלקטרוני, בפורטל, במנועי חיפוש ועוד. יש הטוענים כי ההקשרים שבהם ספקי שירות מעבירים מסרים של אחרים

הם חדשים וייחודיים עד כדי כך שהחלתם של עקרונות חוק קיימים אינה הולמת, ויש לפתח סטנדרטים חדשים עבור נתבעים שהם ספקי שירות אינטרנט.

4. ספקי השירות

הגדרה רחבה של ספק שירות: בדרך כלל ספק שירות (Internet Service Provider – ISP) הוא התאגדות למטרות רווח המאפשרת למשתמשים בשירותיה להתחבר לרשת האינטרנט באמצעות תשתית טכנולוגית. שירות נוסף שה-ISP מספק בדרך כלל הוא תשתית טכנולוגית לאחסנת מידע (אתרי אינטרנט, יישומים, דואר אלקטרוני ותכנים) ולקישור לאינטרנט. אומנם על-פי רוב, סוגיית אחריות ספק שירותים באינטרנט נוגעת ל-ISP בגין שירותי הגישה לאינטרנט, אך כיום המגמה מתרחבת לשירותים אחרים באינטרנט – לוח מודעות מקוון (Bulletin Board Service – BBS), אתר אינטראקטיבי, מנוע חיפוש, פורטל, פורום, חדר שיחה וכיו"ב.

4.1 מאפיינים של העברת מסרים באינטרנט

א. בגלל אופייה של התקשורת המקוונת, מסר של צד שלישי יכול להגיע אל מערכות של ספק השירות המקוון ומשם להגיע אל אחרים בלי כל התערבות אנושית מצד ספק השירות.

ב. כל מסר מועבר אל מערכתיו של ספק שירות האינטרנט וממנו פעם אחת בלבד, ובאופן מיידי ואוטומטי לכל שאר המשתתפים בדיון המקוון – יהיה מספר המשתתפים בו אשר יהיה – ובלי אפשרות שיטור ופיקוח מעשיים על המסר.

4.2 אחריות ספק שירות לתוכן המסרים המועברים באמצעותו

ספק שירותי האינטרנט איננו מוסר מידע מהותי בהכרח, אלא הוא תחנת ביניים בהפצתו. במרחב המקוון ספק שירותי האינטרנט הוא גורם הכרחי. יש לו שליטה על עצם התקשורת, והוא זוכה ברווח פיננסי מהפצת המידע.

השאלה המרכזית היא, האם ספקי השירות צריכים להיות אחראים בפני משתמשים על נזקים שנגרמו מפרסומים ברשת? שאלה זו שנויה במחלוקת.

4.3 סוגיות הנוגעות להיקף האחריות של ספקי השירות

ברשת אפשר לעשות פעולות במגוון רחב של צורות התקשורת. כל דרך התקשורת מעוררת שאלות הנוגעות לאחריות של המפרסם מצד אחד ולאחריות של ספק השירות מצד אחר. להלן נציג שאלות שכמה דרכי התקשורת מעוררות.

4.3.1 דיונים מקוונים בזמן אמת (Chat Room) – כאשר מספר המשתתפים מוגבל הנזק הפוטנציאלי קטן ובר-שליטה, שכן אפשר להגיב על הצהרה במהירות או לסגת מהצהרה. כמו כן, כשהקהל קטן, סביר שההיכרות בין המשתתפים קרובה, ועל כן להצהרות כוזבות תהיה השפעה קטנה. בנסיבות כאלה סביר לצפות שבת-משפט יאפיינו את השתתפותו של ספק השירות בתהליך

התקשורת כשוות ערך לזו של חברת טלפונים, המאפשרת ללקוחותיה להשתמש במתקניה להעברת מסרים בלי פיקוח ובלי ואחריות. לא סביר שתוטל אחריות על ספק השירות בגין לשון הרע על שלא הצליח לסנן מסרים שעברו בזמן אמת.

מנגד, יש לשקול נורמה אחרת כאשר שידורים בזמן אמת מכוונים לפרומים מקוונים בהשתתפות קהל גדול. נפגע עלול לטעון כי באותו הקשר ספק השירות הוא שווה ערך לשדרן טלוויזיה או רדיו, המארח בשידור חי שיחות נכנסות של מאזינים. הנזק הפוטנציאלי לנפגע גדול, ולספק השירות יש אמצעים טכניים לסנן מסרים בזמן אמת לפני העברתם למשתתפים אחרים.

4.3.2 דואר אלקטרוני – חוקים המונעים מספק השירות לגלות מסרים אלקטרוניים לאיש זולת הנמען עלולים שלא לפטור את הספק מבדיקה ומסינון של מסרי E-Mail לגילוי תוכן בלתי חוקי לפני העברתם אל יעד, ובלבד שספק השירות יעשה את מלאכת הסינון בעצמו. מנגד, אובדן הפרטיות הכרוך בסינון כזה יפחית במידה ניכרת את האטרקטיביות של שירות ה-E-Mail. מערכות ספק שירות האינטרנט מקבלות ומעבירות אלפי מסרים של E-Mail מדי יום ביומו. אם ספק השירות יידרש לבדוק כל מסר הנשלח באמצעות מערכות המחשבים שלו ולגלות תוכן בלתי חוקי או נזיקי לפני העברתו למענו, ייאלץ להשקיע זמן ומשאבים רבים. התועלת שבשימוש בדואר תיפחת במידה ניכרת, ותיבלם הזרימה החופשית של מידע באמצעים המקוונים.

4.3.3 מסדי נתונים אלקטרוניים – מסר של משתמש שנמצא במסד נתונים אלקטרוני או בלוח אלקטרוני (BBS) ונשמר במחשבו של ספק שירותי אינטרנט נשאר במאגר נתונים פרק זמן ממושך, כדי לאפשר למשתמשים גישה מתמשכת אל המסר. אף כי כל העברה של מסר יכולה להתרחש בלי מעורבות אנושית מצד הספק, בכל זאת יש לו שליטה על התפוצה השוטפת של המסר לאחר ש"הוטען" על מערכתיו. התפקיד שספק השירות ממלא בהעברת המסר ובפיקוח על המסר המאוחסן במערכתיו הוא שווה ערך מבחינה פונקציונלית לתפקידו של המפרסם המשני של חומר מודפס – מפיץ כתבי-עת, ספק חדשות או ספריית אוניברסיטה.

4.3.4 אחריותו של ספק שירותי אינטרנט להעברת מסר של צד שלישי – לעתים ספק שירותים מקוונים מסחריים מקבל מידע על מסרים פוגעים. מידע כזה עשוי להתקבל באופנים שונים. כאשר לספק השירות יש סיבה להיות מודע לאופיו המשמיץ של מסר כלשהו במערכתיו, הוא כפוף לאחריות ל"פרסום חוזר" של המסר מהרגע שבו נודע לו עליו. ספק שירות אשר אינו עושה כל חקירה בעניין נכונות ההצהרות המתפרסמות באמצעות מערכתיו, חשוף לאחריות נזיקית אך ורק אם היתה לו סיבה סבירה להניח שהצהרה המשמיצה היא כוזבת או לפקפק באמינותו של יוצר המסר.

4.35 אחריות ספקי שירות ובעלי אתרים בגין יצירת קישורים לאתרים אחרים – בסוגיה זו מתעוררות שתי שאלות מרכזיות:

א. האם בעצם הקישורים (Links) מאתר לאתר יש משום פרסום חומר על-ידי האתר שבו מופיע הקישור?

ב. האם מי שיוצר את הקישורים בין האתרים צריך לשאת באחריות לחומר זה? יש המשיבים בשלילה על שאלות אלו בטענה שבאמצעות הקישורים, ספקי השירות אומרים למשתמשי האינטרנט היכן אפשר למצוא חומר מסוים באינטרנט ותו לא. ואולם, אפשר לטעון שגם יוצרי הקישורים עלולים להימצא אחראים לחומר המופץ בהיותם "תורמים" להפצתו, כמו "מפרים תורמים" של זכויות יוצרים. כלומר, אם בחומר יש מידע פסול וספק השירות המספק את הקישור יודע שבאמצעות הקישור יגיעו המשתמשים בשירותיו לחומר, אפשר להטיל אחריות על ספק השירות בגין תרומתו להפצה שלו, אף שהוא עצמו לא הפר זכויות ולא פרסם חומר פסול. יתר על כן, יש לראות בקישור לא רק ציון כתובת של חומר זה או אחר ברחבי האינטרנט, אלא אמצעי של ממש – מעין כפתור – לעבור מאתר אחד לאחר.

4.4 הדילמות הנובעות מהדרישה להטיל אחריות על ספקי השירות

א. ספקי השירות אינם מוסד ציבורי שיכול להיות גוף שיטור.

ב. לעתים קשה לאתר את המפרסם האנונימי, ורשויות האכיפה מטילות את האחריות על ספק השירות משום שאפשר לזהותו ולתבוע אותו בנקל.

ג. דרישה מספקי השירות להפעיל פיקוח ובקרה על תכנים המועברים באמצעותם עלולה להוביל לצמצום ניכר של חופש הביטוי ברשת בשל חשיפת הספקים לתביעות מצד המשתמשים באינטרנט.

5. חקיקה ופסיקה בעולם

אחריותם של ספקי שירותים באינטרנט למעשי לקוחותיהם וההשפעה של המידע העובר בתחום שליטתם אינן סוגיות חדשות במשפט. אף על פי כן, טרם נמצא לבעיות הללו פתרון הולם. כידוע, על-פי רוב ספק השירותים באינטרנט נמצא בצומת מידע, שבו הוא חשוף לתביעות ולהגשת כתבי אישום בגין הפרת חוקים, עוולות ועבירות על-פי דינים העוסקים בקניין, בחוזים, בפרטיות, בלשון הרע ועוד. החקיקה בתחום זה בעולם בראשית דרכה, וראוי לתת את הדעת גם על הפסיקה.

5.1 ארצות-הברית

5.11 חוק הטלקומוניקציה – The Telecommunication Act – התקבל בשנת 1996. פרק 5 בחוק זה הוא (CDA) Communication Decency Act – חוק ההגנות בתקשורת.²

² חלקים מה-CDA בוטלו לאחר מכן בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית משום שהם מנוגדים לחוקה, אולם סביר להניח שהצעת החוק תוגש שוב ותאושר בשינויים המתחייבים מפסיקות בית-המשפט העליון.

מטרת החוק למנוע תביעות נזיקין נגד ספקי שירות שיש בהן כדי לפגוע בחופש הביטוי באינטרנט. הקונגרס ראה בהטלת אחריות על ספקי השירות משום רגולציה של חופש הביטוי, ולכן ביקש להימנע מכך. הוא ביקש למנוע פרסומים אסורים, אך סבר שלא ראוי לעשות כן באמצעות השתתפות אחריות על גורמי ביניים – ספקי השירות.

נימוקי הקונגרס: אין ביכולתם של הספקים לסרוק את כל המידע העובר באמצעותם. אם היתה האחריות מוטלת על ספקי השירות – ועמה חובת הפיקוח – הם היו נאלצים להגביל במידה ניכרת מאוד את כמות המידע המועבר.

הנחות המוצא של החוק

א. לרשת האינטרנט יש חשיבות רבה בהיותה אמצעי להעברת מידע, והיא התפתחה לרווחת הכלל בזכות התערבות ממשלתית מעטה.

ב. יש להגביל למינימום את ההתערבות במידע העובר ברשת.

ג. הרשת שונה מאמצעי תקשורת אחרים, ולכן יש לקבוע סטנדרט שונה לאחריות של ספקי השירות. ספק השירות אינו בבחינת מפרסם. כמות המידע שעובר באמצעותו, גיוונו ומהירות העברתו מקשים את ניהולה של בקרת תוכן, ויוצרים הבחנה בין ספק שירותי מידע ואינטרנט לבין מפעיל אמצעי תקשורת.

תוכן החוק

1. על-פי הצעת החוק, ספק שירותי אינטרנט לא ייחשב למפרסם לצורכי חוק לשון הרע ולכן גם לא תוטל עליו אחריות בגין אותו חוק כאשר יפעיל טכנולוגיות לבדיקת תוכן המסר. הצעת החוק קובעת שספק שירותי אינטרנט לא יהיה כפוף לחבות פלילית או אזרחית המבוססת על תוכן בלתי חוקי אם לא היה לו כל ידע על התוכן האסור ולא היתה לו סיבה לדעת.

2. על-פי החוק אין לראות בספק שירותי מידע מפרסם קלסי שביכולתו להחליט על פרסום חומר, על עריכתו או על דחייתו.

3. החוק מבקש לעודד ספקי שירות לנקוט רגולציה עצמית של סינון חומר פוגעני, לפי רצון המשתמשים.

5.12 פסקי-דין רלוונטיים

א. החסינות הניתנת לספקי שירותי האינטרנט על-פי חוק ה-CDA נגד פרסום לשון הרע נדונה לאחרונה בבית-המשפט בארה"ב בפסק-הדין *Zeran v. America Online*. בהחלטתו קבע בית-המשפט כי ה-CDA מכריע את הכף נגד אחריות בגין לשון הרע ורשלנות בכל הנוגע לספק שירותי אינטרנט, כשזה מחיל אמצעי פיקוח סבירים ומגיב במהירות להסרת מסר פוגע המובא לידיעתו.

בית-המשפט קבע שאילולי החוק היו ספקי השירות נחשבים למפרסמים, אולם החוק ביקש לפטור אותם מאחריות. הטלת אחריות עליהם כמפיקים היתה מטילה עליהם חבות כל אימת שידעו על חומר אסור ולא הסירו אותו. בכך היתה נגרמת פגיעה קשה בחופש הביטוי, שכן די היה בהודעה לספק השירות כדי שהוא יירתע ויסיר את החומר.

בית-המשפט הבהיר כי באינטרנט אין באפשרותו של ספק שירות, מייד כשהוא מקבל הודעה על חומר אסור, לבחון את טיבו של החומר ולהחליט כפי שמחליט עורך אם להסירו. כך, אם תוטל

עליו אחריות, ייווצר תמריץ בלתי רצוי לספקי שירות למהר ולהסיר את החומר, אף אם אין בו כל דבר פסול. כמו כן יהיה בזה משום מתן כוח לא ראוי לכל מי שירצה למנוע פרסום: די בהודעה שלו לספק השירות על פרסום אסור לטענתו כדי שספק השירות יירתע ויסיר את המידע.

ב. בפסק-הדין בפרשת **Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc.** בבית-משפט מחוזי בארה"ב פסק השופט Whyte לטובת ספקי השירות. על-פי פסק-הדין, תוכר אחריותם של ספקי שירות ובעלי אתרים בגין מעשים הנעשים שלא כדין אם ניתנה להם הודעה מספקת על ההפרה והם לא נקטו צעדים מתאימים כדי להסיר את החומר מהמערכת. אומנם החלטה זו עשויה לתת לספקי השירות ולבעלי אתרים תמריץ שלא להפעיל פיקוח הדוק על מערכותיהם, אך מומלץ להם להיות מוכנים להגיב מייד ובנחרצות על כל טענת הפרה של זכות יוצרים הנתמכת במסמכים. אם כך הדבר בעניין זכות יוצרים, קל וחומר בתחומים אחרים.³

5.13 בשנת 1998 חוקק בארה"ב (DMCI) Digital Millennium Copyright Act. בחלקו השני – Online Copyright Infringement Liability Limitation Act – חוק זה מספק הגנה לספק שירותים באינטרנט. מצד אחד, ספק השירות מפר לכאורה זכות יוצרים בעקיפין, ומצד אחר הוא עלול לפגוע בזכויות חוזיות ובזכויות יסודיות של לקוחותיו. החוק נועד להגן על זכויות יוצרים, אבל אפשר בהחלט ללמוד ממנו מהי אחריות ספק הרשת, מתי יחייבו אותו ומתי הוא יהיה אחראי בגין הפרת זכויות יוצרים ופרסום חומר פוגעני. לפי החוק האמריקני, אם אפשר להוכיח שלספק השירות היה Actional Knowledge, הרי יש לו אחריות לחומר המתפרסם.

5.2 אחריות של ספק שירות באירופה (הדירקטיבה האירופית)

5.2.1 עיקרי ההסדר האירופי –

- א. הבחנה בין תפקידי ספק השירות בכל הנוגע לאחריותו.
- ב. הבחנה בין מצב שבו ספק השירות אחראי לתכנים או שמעמדו מאפשר שליטה בתכנים או שינויים לבין מצב שבו אין לו מעמד זה.
- ג. שלילת אחריות כשתפקידו של ספק השירות הוא תיווך אלקטרוני בלבד (העברת המידע). כך מעמדו שווה למעמדה של חברת טלפונים או של רשת כבלים.
- ד. הטלת אחריות על ספק שירות כאשר הוא ממלא תפקיד אקטיבי בשמירת המידע (אחסון זמני או אחסון קבוע). מידת האחריות תלויה בתפקידו ובידיעה שלו על אי-חוקיות המידע.
- ה. חובתו של ספק שירות לציית לצו מניעה שיפוטי להסרת מידע.
- ו. אין חובה כללית של ספק השירות להפעיל פיקוח יזום על המידע המועבר או נשמר באמצעותו.

³ בעקבות הפסיקה האמורה, ספקי שירות רבים נוהגים כיום לכלול בהסכמי השירות עם מנויהם סעיף המסיר מהם אחריות.

5.2.2 גרמניה – ב-1997 נחקק בגרמניה חוק שירותי תקשוב. החוק מבחין בין סוגים של ספקי שירות בכל הקשור לאחריותם לחומר בלתי חוקי באשר הוא. ספקים המשמשים אכסניה לחומר של צד ג' אחראים לתוכנו אם מתקיימים שלושה תנאים:

- א. הם יודעים שהחומר הבלתי חוקי מאוחסן אצלם.
- ב. יש להם אמצעים טכניים למנוע את הפצת החומר.
- ג. אפשר לצפות מהם באופן סביר שימנעו את הפצת החומר.

5.2.3 אנגליה – בחוק לשון הרע משנת 1996 מוקנית הגנה לספקי שירות מפני האשמה בפרסום לשון הרע אם הם הפעילו "זהירות סבירה" למניעתו. במקרה שנדון בבית-המשפט נקבעה אחריותו של ספק שירות שנמנע מהסרת הודעה ובה לשון הרע אף שקיבל כמה הודעות על כך. בית-המשפט קבע שבנסיבות אלו ספק השירות פעל כמפרסם לעניין החוק, כיוון שידע על לשון הרע ונמנע מלהסירה.

5.2.4 קנדה – כדי לזכות בהגנה בתחום השיפוט של קנדה, על ספק השירות להוכיח שלא ידע שהמידע שהופץ באמצעותו הכיל דבר השמצה, שלא היה בדבר ההשמצה משהו שירמז כי מדובר בדבר השמצה ושבמועד פרסום דבר ההשמצה לא התרשל ספק השירות בבדיקה שהמידע אינו דבר השמצה. בקנדה – כמו באנגליה – נוצר מצב אירוני: ספק שירותים שיקים כנדרש בחוק מערכת בדיקה ואכיפה למידע שעובר באמצעותו מקבל שליטה על המידע. בכך הוא מתאים את עצמו להגדרה של מפרסם, ואחראי בגין דבר השמצה שיחמוק ממנגנון הפיקוח שהקים.

5.3 הלכה ומעשה – סיכום

מסקירת פסקי-דין שניתנו בנושא ספקי שירות אפשר לקבוע כי בדרך כלל, כשידוע לספק כי פרסום מסוים הוא הוצאת לשון הרע נגד צד שלישי, עליו לפעול להפסקת פרסום שכזה. ככל שהספק נוקט פעולות כדי לבדוק את המופץ באמצעותו, כך גוברת אחריותו לאופי החומר המתפרסם, ואם החומר פוגע עליו להסירו ברגע שגילה זאת; לחלופין, אם הופנתה תשומת לבו לעניין – אם לא יסיר את החומר הוא עתיד לשאת באחריות לנזקים שייגרמו.

6. אכיפה ותפיסה

לאכיפה ולתפיסה כמה היבטים שראוי לתת עליהם את הדעת:
א. לפני שאפשר לפעול נגד מי שמפרסם דבר ההשמצה יש לדעת את זהותו. ידיעת זהות המפרסם מעלה בעיה נוספת הנוגעת במישרין לספק השירותים. כידוע, האנונימיות באינטרנט היא אחד מעמודי התווך שלו. היכולת לגלוש בעולם הקיברנטי חסר הגבולות בעילום שם נושאת בחובה יתרונות מרחיקי לכת, אך גם חסרונות מהותיים למדי, משום שאפשר לנצל את האנונימיות למטרות שליליות. אי-אפשר לפתוח בהליכים משפטיים בלי לדעת מי המקור להוצאת הדיבה.

הגורמים היחידים שיכולים לזהות את המקור הם ספקי התשתית הטכנולוגית.⁴ כאן מתעוררת בעיה: זכויות יסוד כמו חופש הביטוי והגנת הפרטיות עומדות מול הזכות של הנפגע להביא לדין את הפוגע.

ב. על-פי רוב, היחיד שיש לו גישה לזהותו האמיתית של הגורם הפוגע הוא ספק שירותי הגישה לאינטרנט (ISP). הוא יכול למשל לבדוק מאין הגיעה הודעה אלקטרונית ומי האדם העומד מאחורי כתובת הדואר האלקטרוני. ואולם, הספק אינו רשאי להעביר מידע זה לצד שלישי, מאחר שהוא ברשותו במסגרת יחסים חוזיים.

ג. הקושי לאכוף את מגבלות חופש הביטוי באינטרנט נובע הן מהעדר יכולת טכנית מפותחת לסנן חומר המתפרסם ברשת הן מהעדר אמצעים וכוח אדם מיומן המתמחה בחיפוש במערכות מחשב ובתפיסתן בגין מה שמכונה "פשעי מחשב".

7.1 היבטים של חיפוש ותפיסה

בחקירה פלילית לעתים נוצר צורך לחפש מידע במערכות מחשב או לתפוס מערכות מחשב. חיפוש במערכות מחשב נעשה כאשר מערכת המחשב היא כלי לביצוע העבירה או כאשר יש בה מידע החיוני לניהולה של החקירה. חיפוש ותפיסה חיוניים לרשויות האכיפה מכמה סיבות:

א. לא אחת, מידע הנשמר במערכות מחשב הוא הראיה המהותית היחידה שאפשר להציג לפני בית-המשפט בהליכים פליליים.

ב. רשויות החקירה מודעות לקלות הבלתי-נסבלת של העלמת ראיות בעידן המחשב ומבקשות להשתמש בכלי החיפוש והתפיסה כדי ללכוד ראיות שלולא הליכים אלו היו מושמדות.

ג. ההפתעה הנלווית להליכי חיפוש מאפשרת לרשויות החקירה ליקוט ראיות מפלילות שעל-פי רוב הן מתקשות להשיג.

ואולם, מן הראוי לעמוד על היבטים נוספים של חיפוש במערכות מחשב ושל תפיסתן בהקשר של הפגיעה הקשה בפרטיות הכרוכה בהליכי חיפוש מעין אלה ושל הנזק הצפוי לפרט מהליכי תפיסתן של מערכות מחשב:

א. בחיפוש במערכת המחשב של הפרט עלולים להיחשף הכמוסים בסודותיו.

ב. חיפוש במחשב כרוך בפגיעה חמורה במיוחד בפרטיות מאחר שמסמכים רלוונטיים לחקירה ומסמכים אישיים נמצאים בו אלה לצד אלה. במובן זה חיפוש בלתי מבוקר במערכת המחשב צופן בחובו פגיעה אנושה בפרטיות.

ג. תפיסתה של מערכת המחשב עלולה לגרום נזק ניכר לבעליה. עלולים להיפגע חופש הביטוי של הפרט המשתמש במחשב להפצת דעותיו, פעילותו הכלכלית של אדם או של מוסד הנשען על מערכת המחשב לעסקיו ויכולת התפקוד של פרטים ומוסדות.

⁴ בישראל נבחן נושא הפרטיות כאשר המדינה ביקשה מחברת "נטוויזן" להעביר לידיה דואר אלקטרוני בש"א (ת"א) 09868/00 חברת נטוויזן בע"מ נ' צה"ל.

8.1 שתי גישות עיקריות לחיפוש במערכות מחשב ותפיסתן

8.1.1 עו"ד נמרוד קוזלבסקי, מרצה בתחום משפט האינטרנט: ההוראות העיקריות שבדיני החיפוש והתפיסה הכלליים אין בהן כדי לספק פתרון הולם להליך החיפוש במערכות מחשב ולתפיסתן. יש לקבוע כללים ספציפיים לחיפוש במחשב. בקביעת הכללים יש להביא בחשבון מחד גיסא את הפגיעה החמורה בפרטיות, בצנעת החיים ובקניין הכרוכה בחיפוש במחשב, ומאידך גיסא את חיוניותו של חומר המחשב לניהולה של חקירה יעילה. כמו כן, בקביעת הכללים יש לתת את הדעת להיתכנות השמדה יזומה של ראיות. ראוי לקבוע הנחיות מיוחדות לחיפוש ולתפיסה בכל אחד מן השלבים של ההליך: בקשת החיפוש, צו החיפוש, ניהול החיפוש, תפיסת חפצים ודיון בהחזרת התפוס. כמו כן, יש להבחין בין חיפוש במחשב יחיד לחיפוש ברשת מחשבים. הצורך בקביעת הנחיות מיוחדות נובע מהאופי המיוחד של שימוש הפרט במחשב, ואי-אפשר ליישם את הנחיות החיפוש הכללי הקיימות בחוק בעת חיפוש במערכות מחשב ותפיסתן.⁵

סוגיה רגישה במיוחד בכל הנוגע לחיפוש ותפיסה היא מיומנות בעל התפקיד. ביצוע החיפוש על-ידי בעל תפקיד מיומן מתחייב לשם מניעת פגיעה במערכת המחשב או בחומר המחשב במהלך החיפוש ובעת תפיסתו, ולשם הבטחת יעילות החיפוש והגנה על שלמותו ועל תומתן של הראיות שיתגלו במהלכו. החיפוש במחשב או בחומרי מחשב בידי מי שאינו מיומן לכך עלול לגרום לפגיעה בראיות, וכך לא יהיה אפשר להציג אותן בהליך משפטי.

8.1.2 עו"ד מיכל נבו-ברק, הממונה על האכיפה ברשות לניירות ערך: החקיקה הקיימת בתחום החיפוש והתפיסה הכלליים היא בת-יישום בכל הנוגע לחיפוש במערכות מחשב ולתפיסתן, אך יש לתת את הדעת לכמה הבדלים בין חיפוש "רגיל" לחיפוש במחשב:

- א. המיומנות הנדרשת בעריכת החיפוש.⁶
- ב. הצורך להימנע מנזק למחשב ולמידע שבו (יש להביא בחשבון את אפשרות החיפוש מרחוק).
- ג. שמירת המחשב עצמו כראיה.
- ד. הטיפול ברשת מחשבים (לעומת הטיפול במחשב יחיד).
- ה. "שיתוק" הבעלים (בין שהוא מוסד⁷ ובין שאינו מוסד).
- ו. הקלות שבה אפשר להשמיד חומר.
- ז. הזדקקות להעתקות ולא למקור כדבר שבשגרה (המצריכה שינוי בכללי הראיות).

נוסף על המאפיינים של חיפוש במערכות מחשבים המבדילים אותו מחיפוש "רגיל", עו"ד נבו-ברק מציינת תחומים שבהם יש דמיון בין חיפוש במחשבים ותפיסתם ובין חיפוש "רגיל":

- א. סוגיות מסוימות בנושא האזנת סתר.

⁵ עם חקיקת חוק המחשבים תיקן המחוקק את דיני החיפוש והתפיסה הכלליים והוסיף הוראות ייחודיות בעניין מחשבים. עם זאת, לטענת עו"ד נמרוד קוזלבסקי, לא די בתיקון לפתור את הבעיות המיוחדות הכרוכות בחיפוש מחשבים ובתפיסתם. ההוראות העיקריות נמצאות בדיני החיפוש והתפיסה הכלליים, והן אינן בגדר פתרון הולם. ⁶ מאפיין שהמחוקק נתן עליו את הדעת.

- ב. דרך החיפוש: התמודדות עם מערכות הגנה, אפשרות שחזור קבצים, חיפוש במקום או נטילת התפוס למשרדי החקירות.
- ג. חיפוש אצל ספק אינטרנט.

בכל שאר הדברים הקשורים בהליך החיפוש והתפיסה – הפגיעה בפרטיות, הפגיעה בזכות הקניין, זיהוי הזירה לחיפוש, קלות מתן צו חיפוש, מימוש צו חיפוש בלי הודעה מוקדמת, צפייה בחומר לא רלוונטי, הכפיפות לצו חיפוש, ניסוח צו החיפוש והגדרת החומר שמבקשים לתפוס – עו"ד נבו-ברק חולקת על עמדתו של עו"ד קוזלבסקי בדבר הצורך לקבוע הנחיות מיוחדות להליך החיפוש והתפיסה של מערכות מחשב.

⁷ מאפיין שהמחוקק נתן עליו את הדעת.

מקורות

- איילון אביב, "אחריות ספקי שירות באינטרנט", הועבר בדואר אלקטרוני ב-6 במאי 2001.
- אלקין קורן ניבה, שיחת טלפון, 3 במאי 2001.
- אסיא נעמי, אלימות נגד נשים באינטרנט, חוות דעת לקראת דיון הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי של הכנסת, 21 בנובמבר 2000.
- בר שדה יונתן, האינטרנט והמשפט המסחרי המקוון, פרלשטיין-גינסור, 1998.
- גוטמן בועז, שיחת טלפון, 3 במאי 2001.
- הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי, פרוטוקול מס' 50, 21 בנובמבר 2000.
- חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.
- חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.
- נבו-ברק מיכל, לקראת דיון במשרד המשפטים בנושא חיפוש במחשבים, 3 באפריל 2001.
- קוזלובסקי נמרוד, המחשב וההליך המשפטי, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תל-אביב 2000.
- קוזלובסקי נמרוד, משפט האינטרנט – אחריות ספקי שירות באינטרנט, סיכום קורס בנושא. קרניאל יובל, "חופש הביטוי בישראל", דברים אחדים 2, סתיו 1997.
- שמעוני אפרת, אינטרנט – מושגי יסוד ודילמת חופש הביטוי, הוועדה המיוחדת לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי של הכנסת, 24 בפברואר 1998.