

מיכל לביא "אחריות מתווכי תוכן לעוולות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה"

מיכל לביא, "אחריות מתווכי תוכן לעוולות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה" המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, והוצאת נבו. התשע"ח-2018, 560 עמ'.

רבים מדברים כיום על 'כלכלת המידע' ועל האינפורמציה הזורמת באופן חפשי ברשת האינטרנט. אתרי חדשות קיימים באלפיהם. למעשה, לכל עיתון או רשת טלוויזיה/רדיו קיים אתר מקביל. בכולם יש אפשרות להוסיף תגובות למכביר (טוקבקים) ולעתים אלו מעניינים אף יותר מהחדשות עצמן. ישנם גם אתרי חדשות שבנויים כולם על פרסומי גולשים ואין להם תוכן עצמאי. אולם אתרי החדשות הם מיעוט במיליוני אתרי תוכן אחרים המספרים, מתארים, מצלמים, מדרגים, משמיצים, או סתם פתוחים לתכני הגולשים. יש אתרים מכובדים ודקדקניים, ויש כאלו שכל מטרתן היא הפצת **חדשות פֶזֶב (fake news)**. וכמובן, לא רק אתרים יש לנו אלא גם רשתות חברתיות למיניהן. כוחן של Facebook, Twitter, LinkedIn ורשתות אחרות ידוע ומוכר, כולל הפגיעה האנושה לעתים במי שמרחק מאותן רשתות.



לכאורה, המידע חופשי, כל הרוצה ליטול, יבוא וייטול. אולם בפועל, המידע זורם דרך אותן רשתות/אתרים/ אפליקציות המכונים לעניינו 'מתווכי תוכן'. כל אותם מתווכים הם לא רק מעבירי מידע, אלא גם יכולים בקלות להכוונו. ברצונם יעלו חדשה, וברצונם יפילו, ברצונם ידגישו תוכן מסוים, וברצונם יעמעמו, ברצונם יקדמו דעות, וברצונם ירחיקו. בדרך כלל מטרתם העיקרית היא כלכלית והם יקדמו תוכן היכול להביא להם הכנסות וידחקו אחורה תוכן שיכול לפגוע בהכנסתם. אולם יש אתרים/רשתות ששיקוליהם נעוצים באידיאולוגיה (ולעתים אידיאולוגית שנאה).

כיצד אם כן צריך המשפט להתייחס לתכנים פוגעניים המופצים על ידי מתווכי התוכן? ובמיוחד לתכנים שלא הועלו ישירות על ידי אותם מתווכים? נדגים זאת על ידי כמה שאלות שהגיעו לבתי המשפט בישראל. תמונת פפרצ'י של בן זוג של ידוענית בבגדים תחתונים על מרפסת דירתו הופיעה באתר, יחד עם קריאה לגולשים 'לדרג' את הופעתו. המצולם תבע את האתר שטען להגנתו כי אחד המשתמשים הוא שהעלה את התמונה (יחד עם טענות אחרות). עם מי הדין? במקרה אחר פורסם פוסט בקבוצת פייסבוק פתוחה שטען כי פלוני פוטר מעבודתו עקב גניבה. פלוני תבע את מנהל הקבוצה עצמה בנימוק כי זה לא הסיר את הפוסט למרות שהתבקש לעשות כן. האם יש לו עילת תביעה גם כנגד פייסבוק עצמה? במקרה נוסף, הושמץ מטפל אלטרנטיבי באינספור תגובות כולל האשמות קשות על מקצועיותו ויושרו. הוא תבע את האתר ודרש כי אלו יורדו ובנוסף יימסרו לו פרטי המגיבים (המטקבקים). האם הדין עמו? שאלות אלו ורבות אחרות עולות כיום לדין, וסביר מאוד להניח שמספרן רק יתרבה.

הפתרונות לשאלות של אחריות מתווכי תוכן טופלו באופן לא עקיב בפסיקה. בדרך כלל, הפתרון היה במסגרת דין ספציפי שלא התייחס ישירות למתווכי התוכן.

הפתרונות לשאלות של אחריות מתווכי תוכן טופלו באופן לא עקיב בפסיקה. בדרך כלל, הפתרון היה במסגרת דין ספציפי שלא התייחס ישירות למתווכי התוכן. דהיינו, אם עלתה שאלה של לשון הרע, טופלה זו במסגרת חוק לשון הרע. אם הייתה זו שאלה של הפרת זכויות יוצרים טופלה זו

במסגרת חוק זכויות יוצרים, וכן הלאה. אין בישראל בחקיקה הקיימת וגם לא בפסיקה, ניסיון ליצור משטר משפטי כולל שיעסוק באחריותם של מתווכי תוכן.

מחקרה של לביא מתאר כי בעולם מקובלות כיום שלוש גישות שונות שנלמדו בעיקר מעולם הניזקין. הראשונה, הפוטרת, מסירה אחריות ממתווכי התוכן ומטילה את כולה על המשתמש הספציפי שהעלה את התוכן הפוגעני. קרי, בעל האתר לא יהיה אחראי לכל תוכן פוגעני שלא הוא העלה אותו. גישה 'פוטרת' זאת זכתה לביקורת בשל פגיעתה בנפגעים שאין להם דרך להגן על עצמם. הגישה הקיצונית השנייה, מטילה אחריות על בעל האתר במסגרת עילת הרשלנות. אם לא בדק בצורה 'סבירה', התרשל. אולם זו גורמת לפגיעה קשה בחופש הביטוי ואפשרות של תביעות 'השתקה' שיפגעו ביכולת לביקורת ציבורית. גישה שלישית נקטה באפשרות של 'הודעה והסרה' (פטור מותנה). על הנפגע להודיע למתווך התוכן על הפגיעה וזה צריך להורידה תוך פרק זמן סביר. אלא שגם גישה זו שנראית הוגנת התבררה כבעייתית. נפגעים חלשים שלא ידעו על הפגיעה או לא ידעו כיצד לדווח עליה המשיכו להיפגע. מצד שני, נפגעים חזקים דרשו להוריד גם תכנים ראויים מבחינה חברתית. אלא שלמתווכי התוכן קל יותר להוריד כל תוכן שהם מתבקשים להסיר ולמנוע עימות מיותר מבחינתם עם המבקשים.

כאן חידושה המרכזי של לביא. לטענתה, אין מקום למשטר משפטי אחד למתווכי התוכן. ההקשר בו מופיע הביטוי הפוגע חשוב לא פחות מעצם הפגיעה עצמה. אשר לכן, התגובה המשפטית צריכה להיות בהתאם להקשר.

וכאן חידושה המרכזי של לביא. לטענתה, אין מקום למשטר משפטי אחד למתווכי התוכן. ההקשר בו מופיע הביטוי הפוגע חשוב לא פחות מעצם הפגיעה עצמה. אשר לכן, התגובה המשפטית צריכה להיות בהתאם להקשר. כך למשל ישנם מתווכי תוכן שבהם יש שיח בסגנון חופשי. לדוגמא, תגובות שנכתבות באופן עצמאי על ידי כל כותב, ללא יד מכוונת, ובלא שיש בין הכותבים קשר כלשהו. במקרה כזה יש לדעתה לפטור לגמרי את מתווך התוכן מאחריות. אולם קיימים מקרים שבהם השיח מהווה מעין 'ייצור קבוצתי' (כהגדרתה). למשל, אתרי ביקורת על שירות או מוצר כלשהו. שם

עדיין יש מקום לפטור את מתווך התוכן מאחריות, אך רצוי לבנות מנגנוני הסדרה פנימיים שימנעו ביקורות המונעות ממניעים לא לגיטימיים (כגון השחרת המתחרה ללא ביסוס). לביא מציגה מודל מפורט לעבירת לשון הרע שיכול להיות לעזר לפסיקה בבואה לדון בתביעות מעין אלו.

ישנם מתווכי תוכן שאף מעודדים עוולות ביטוי. קחו למשל אתר שמטרתו המוצהרת היא פרסום מלונות 'מלוכלכים' וקורא לגולשים לשלוח לו מידע על כך. או אתר רכילותי שמבקש לשמוע פרטים 'מעניינים' ככל האפשר על ידוענים/ות. גם כאן יש לקחת את ההקשר בחשבון והמתווך יוכל פחות להסתמך על הטענה כי לא הוא העלה את החומר אלא מי מגולשיו.

ונסתכל על דוגמא קיצונית אף יותר. מנהל דף פייסבוק מעלה למרכז הדף ביקורות קשות שכתבו משתמשים על גורמים מסחריים אלו או אחרים. אך נטען כי לא מסר שהדגיש ביקורות אלו דווקא בשל תשלום שקיבל ממתחרי אותם גורמים. ברור כי גם כאן ההקשר משנה את רמת האחריות שנטיל על מתווך התוכן.

טענתה של לביא על חשיבות ההקשר ברורה. היא גם מגבה את הטענה במחקרים רבים מתחום תורת הרשתות והפסיכולוגיה הקוגניטיבית, המוכיחים כי ההקשר חשוב לפעמים לא פחות, ואולי יותר, מהביטוי הפוגע עצמו. הבעיה היא שלא קל לקשר בין ההקשר למשטר האחריות שאותו נטיל על מתווך התוכן. לביא שמודעת לבעיה, מציעה כי לא המחוקק אלא הפסיקה היא זו שתקבע את משטרי האחריות המתאים למתווכי תוכן. עם הזמן והניסיון, מן הסתם יתגבש גוף פסיקה עקבי שיוכל להתוות את הכיוון הנכון. לצורך כך אף בנתה בספרה מספר טבלאות מסכמות שיאפשרו לכל שופט לבדוק את ההקשר הרלוונטי ובהתאם להקשר לעזור לקבוע את רמת האחריות.

טענתה של לביא על חשיבות ההקשר ברורה. היא גם מגבה את הטענה במחקרים רבים מתחום תורת הרשתות והפסיכולוגיה הקוגניטיבית, המוכיחים כי ההקשר חשוב לפעמים לא פחות, ואולי יותר, מהביטוי הפוגע עצמו.

אפשר להתווכח על גישתה של לביא. רבים טוענים שאין מקום להמתין שנים לפסיקה שיכולה להיות לא עקבית. אלו טוענים שדווקא בשל התפתחות הטכנולוגיה יש צורך במחוקק מהיר יעיל במלאכתו והוא בלבד המתאים לקביעת אחריות ברורה. אולם ברור כי גם המחוקק יוכל להיעזר בגישתה.

הספר הוא עיבוד של עבודת הדוקטורט של המחברת בהנחיית פרופ' טל ז'רסקי מאוניברסיטת חיפה. הוא יוכל להיות לעזר לכל משפטן העוסק בדיני אינטרנט, ובוודאי לליגטורים שבתביעתם מעורבים מתווכי תוכן.