

רשות ערעור אזרחי 4447/07

א

רמי מור

נגד

ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ

ב

בבית המשפט העליון

[25.3.2010, 8.6.2009]

לפני המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' א' לוי, א' רובינשטיין

ג

בפורום באתר אינטרנט העוסק בטיפול וברפואה התפרסמו תגובות ("טוקבקים") אנונימיות לגבי המבקש, העוסק בטיפול אלטרנטיבי במחלות עור. המבקש, שנפגע מהתגובות, ביקש לתבוע בגינן לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. לאחר שהשיג את כתובות ה-IP (Internet Protocol) של הגולשים-המפרסמים, פתח המבקש בהליכים נגד המשיבה, ספקית גישה לאינטרנט, כדי שתחשוף את זהותם של הגולשים-המפרסמים. בית המשפט קמא, בדונו בבקשות לרשות ערעור על החלטותיו של בית משפט השלום, פסק כי דרישה זו בדין יסודה והתווה לעניין זה אמות מידה מנחות. לגישתו של בית המשפט קמא, בין היתר, יש לראות בבקשה מהסוג הנדון משום בקשה לסעד ביניים שנועד לשרת את הסעד העיקרי (כגון: תרופה בגין פרסום לשון הרע). לכן, מן הראוי להגיש בקשה לצו עשה לחשיפת זהותו של המפרסם האנונימי, בגדרי "תביעה" נגד אותו מפרסם, שיכונה בינתיים – כך בית המשפט קמא – "פלוגי". עם זאת, החליט בית המשפט קמא לייחס לפסיקתו תוקף פרוספקטיבי ולא להחילה על עניינו של המבקש. מכאן הבקשה לרשות ערעור.

ד

לטענת המבקש, יש להחיל על עניינו את פסיקתו של בית המשפט קמא. המשיבה טענה, בין היתר, כי אין היא בעל דין אמיתי בסכסוך שבין המבקש לבין כותבי התגובות, וכי אין בנמצא הוראת חוק שמכוחה ניתן לחייב אותה למסור את המידע המבוקש. לפי הטענה, יש להמתין עד שהמחוקק יאמר את דברו בסוגיה הנדונה, לאחר שישקול את מגוון ההיבטים הכרוכים בה.

ה

בית המשפט העליון (מפי המשנה לנשיאה א' ריבלין) פסק:

ו

א. (1) עד שבא האינטרנט, לא התמודדה הפסיקה בישראל עם עתירה מהסוג הנדון למתן הוראה לצד שלישי לחשוף בהליך מקדמי את זהותו של

- הנתבע הפוטנציאלי, וממילא גם לא הותוותה מסגרת דיונית לכך (ג691-ד).
- א (2) במישור הכללי-החוקתי, עת מבקש אדם לשמור על האנונימיות שלו בהקשר של פרסום התבטאות מסוימת, עומדות לו שתי זכויות יסוד חשובות: הזכות לחופש ביטוי והזכות לפרטיות (ה691-ה).
- ב (3) השמירה על האנונימיות משרתת תכליות חשובות בהקשר של חופש הביטוי. האנונימיות היא גם חלק מן הזכות לפרטיות – מן החשובות שבזכויות. היא מוגנת בדבר חקיקה (חוק הגנת הפרטיות) והועלתה לדרגה של זכות חוקתית מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ז692, ז693א).
- ג (4) המרחב הווירטואלי – מצוי בכול ופתוח לכול. זהו אמצעי דמוקרטי מובהק המקדם גם את עקרון השוויון והמציב מחסום בפני התערבות שלטונית, ובפועל – רגולטיבית, בחופש הביטוי (ג694, ג).
- ב. (1) האנונימיות באינטרנט היא שטר ששוכרו בצידו, והשובר הוא פטור מאחריות ומתן סכות גם למעשים עוולתיים. בנסיבות דנן, מחיר האנונימיות מתבטא בהעלאתם לרשת של פרסומים דיבתיים ללא אפשרות להגיש תביעה לפי חוק איסור לשון הרע (1696).
- ג (2) מאחורי פגוד האלמוניות קל יותר להשתלח בזולת ולשחרר את חרצובות הלשון בלי לשאת באחריות. בכך עלולה להתאפשר פגיעה חמורה בזכות לשם טוב – זכות יסוד בעלת משקל רב במשטר חוקתי המכיר בכבוד האדם (1696 – 1697א).
- ד (3) הזכות לשם טוב ולכבוד אינה מתאינת במרחב הווירטואלי ואין להסכין עם הילכדותה ברשת (1697ד).
- ה. (1) השאלות העוסקות באופן שבו יש לפרש וליישם את דיני לשון הרע במרחב הווירטואלי, אינן צריכות הכרעה בנסיבות דנן. זאת, שכן מדובר עדיין בשלב של טרם תביעה (ג698-ד).
- ו (2) בנסיבות דנן, המבקש עותר לגייס את מערכת המשפט בשלב מקדמי של איסוף המידע הדרוש לצורך תביעה עתידית. בקשה זו היא חריגה ביותר. ככלל, בית המשפט אינו "נכנס לתמונה" קודם שמוגשת תביעה (כפוף לחריגים מוגדרים המעוגנים בחוק) (ה698-ה).
- ז (3) כל עוד אין דבר חקיקה הקובע הסדר פרטני למתן הצו המבוקש בהקשר של לשון הרע באינטרנט, אין מנוס מלבחון אם קיימת מסגרת כללית, שאינה מתייחדת להקשר הספציפי של פרסומים פוגעניים באינטרנט, שבגדרה ניתן להורות לצד שלישי לחשוף פרטים לגבי נתבע עתידי (ג703-ד).
- ד. (1) החקיקה בדבר סדרי הדין בישראל אינה מזכירה את האפשרות להגיש

- תביעה נגד נתבע "גנרי" – שיכונה "רן דן" ("John Doe") – אשר מחליף את הנתבע האמיתי שזהותו עלומה (704ד).
- א (2) תקנה 9 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, מחייבת לכלול בכתב התביעה את שמו של הנתבע, ודרישה זו עומדת בסתירה לרעיון של נתבע וירטואלי "רן דן". אולם, הקושי אינו מסתיים בפשט התקנה. הפרטים והמידע שצריך שיכללו בכתב התביעה הם בעלי חשיבות עקרונית והם אמורים לבטא את קיומה של עילה לתובע נגד הנתבע (707ג-ד).
- ב (3) תביעה נגד נתבע "רן דן" היא, לפחות – בתחילתה, תביעה "במעמד צד אחד". לכן, לא ניתן להכיר באפשרות להגיש תביעה כזו בלי לקבוע באותה נשימה הוראות שישמרו על זכויותיו של הנתבע בלי-שם ושיבטיחו את הגינותו הדינונית של ההליך ואת יעילותו (707ה).
- ג (4) התוויה פסיקתית כזו מעוררת קושי רב. מדובר, למעשה, בשינוי שיפוטי דרמטי של תקנות סדר הדין האזרחי באמצעות הוספת פרק חדש שעניינו "תביעה נגד נתבע 'רן דן'". אם נדרש עדכון כזה, הרי שיש לעשותו בדרך החקיקה (708ג-ד).
- ד (5) (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין): בעת ההמתנה למחוקק, שאין לדעת כמה תימשך, אין להתיר נפגעים בלא תרופה. זאת, בשעה שלאורך כשש שנים חושפים בתי המשפט בישראל מידע בהקשר דנא, ועוד קודם לכן בארצות-הברית, ארץ חופש הביטוי, ואף על פי כן נמשך השיח האנונימי באינטרנט במלוא עוזו ולא נגרע מפריחתו דבר (763 – 764א).
- ה. (1) הליכי הגילוי הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי דהיום אינם מתיישבים עם תביעה מהסוג של "רן דן". התקנות שעוסקות בגילוי מסמכים ובעיון בהם (תקנות 112–114) חלות רק על מסמכים המצויים "ברשותו או בשליטתו" של בעל דין. תקנות אלה אינן יוצרות מסגרת מתאימה לקיומם של הליכי גילוי מקדמיים של מידע המצוי בידי גורם שלישי, כמו ספק של שירותי גישה באינטרנט (709, 710ב, ג).
- ו (2) סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אינו מקנה סמכות ליתן סעד מחוץ לגדרי הליך אזרחי, כפי שמתבקש בנסיבות דנן. הסעיף בא להבטיח את העיקרון שלפיו "מקום שבו יש זכות – יש גם סעד", אך אין מדובר בזכות "באוויר" אלא בזכות שהופרה על ידי מי שהסעד מבוקש נגדו (712א).
- ז (3) בנסיבות דנן, הצו המבוקש נגד המבקשת, ספקית הגישה לאינטרנט, אינו בגין עוולה שביצעה או שנטען שביצעה. אין כל הליך נזיקי נגד המבקשת. כפי שאין כל עילה לתבוע ממנה סעד של פיצויים, כך אין לעתור כלפיה, מכוח סעיפים 71–75 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], לצו בעניין חשיפת זהותו של המשתמש (712ד-ה).

- (4) (אליבא דשופט א' רובינשטיין): בנסיבות דנן, הבעיה אינה בהיעדר מסגרת דיונית למתן הסעד המבוקש – אלא בהיעדר עילה בדין המהותי לחיוב ספקית לחשוף את זהותו של גולש מעוול. כיוון שאין עילה נגד אותו "צד שלישי" (לענייננו: ספקית האינטרנט), לא ניתן לנהל הליך נגדו (1720 – 1721 א).
- א
1. (1) גם מקום שבו נקבעת הלכה שיפוטית חדשה (ואף תוך כדי סטייה מהלכה קודמת), נקודת המוצא העקרונית היא שהתחולה של ההלכה החדשה היא הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית (1717 ה-1).
- ב (2) בית המשפט העליון רשאי ליתן לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בשל הצורך להגן על אינטרס ההסתמכות. במקרים רבים, לא יהא בשיקול ההסתמכות כדי להוביל למתן תוקף פרוספקטיבי בלבד להלכה (1717).
- ג (3) בנסיבות דנן, לא הייתה הלכה של בית המשפט העליון. מדובר בשאלה משפטית בהתהוות, ואין סיבה מבוררת להניח שנוצר אינטרס הסתמכות איתן המבוסס על הלכה קודמת. מכל מקום וביתר שאת, לא היה מקום לקבוע במקרה זה תחולה פרוספקטיבית "טהורה", כלומר שאינה חלה גם על בעל הדין שיוזם ושניהל את ההליך שבו ניתנה הפסקה (1718 ג-ד).
- ז. (אליבא דשופט א' א' לוי):
- 1) חיובה של ספקית אינטרנט לגלות לתובע את זהותו של נתבע-בכוח, אין לו קיום משל עצמו. כל כולו נסמך על הימצאותה של עילה שבדין היוצקת חוליית קישור בין שני צדדים – התובע והספקית – שאחרת היו זרים גמורים זה לזה (1764 ג-ד).
- 2) חוליית קישור שכזו אינה קיימת, נכון לעת הזו, בכללי המשפט האזרחי המסדירים את היכולת להגיש ולברר תובענה אזרחית שהצדדים לה הם זה המליץ על פגיעה בשמו הטוב ומי שנטען כי הוציא את דיבתו רעה. היא אינה מצויה אף בהוראת חוק המתווה מסגרת לבירורו של סכסוך שבין התובע לבין הספקית (1764 ה-1).
- 3) אותו הסדר מחייב התייחסות למכלול רחב של פרמטרים. השפעותיו הן רבות והן משתרעות הרחק אל מעבר לגדרה של השאלה העומדת לדיון. אין אלה סוגיות ההולמות את קביעתם של הסדרים ראשוניים בהלכה פוסקה. תפקיד המחוקק הוא, ויש להניח כי זה ירים את הכפפה ויפעל בהקדם להשלמת הטעון השלמה (1764 א, 765 א, ב).
- ח. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):
- 1) (1) העובדה, שאין בחוק החרות עילת תביעה המאפשרת לחייב ספקית למסור את זהות בעליהן של כתובות IP, אינה – כשלעצמה – מחייבת את הקביעה כי אין במשפט הישראלי עילה כאמור (1723 ה-1).
- ז

- (2) טרם הוסדרו בחקיקה סוגיות רבות מתחום האינטרנט, ובכללן מערכת היחסים שבין לקוחות לבין ספקיות או שבין גולשים לבין מפעילי אתרים. לעת הזאת, התפתח בעניין "משפט מקובל תוצרת ישראל". "משפט מקובל" זה בא לענות על צורך, אך אין הורתו בחלל ריק (1723 – 1724 א, ב).
- (3) נפקות יצירתה של עילת תביעה פסיקתית היא אך הרחבת הנסיבות שבהן ייחשף המידע – ואם כן, לא בבניין עיוני חדש עסקינן אלא בגבולותיו של מתווה משפטי קיים (1726 ב).
- (4) עילת התביעה שיצרה הפסיקה אמנם מאפשרת ניהול הליך עצמאי נגד ספקית האינטרנט, אך אינה מעצימה את חובותיה של הספקית נוסף לאלה שהיו מוטלות עליה אילו זומנה כעדה בהליך אזרחי, או לחקירה פלילית, נגד הגולש המעוול (1726 ד).
- (5) לגולשים עומדת ציפייה לגיטימית להישאר אנונימיים כל עוד לא עשו עוולות אזרחיות או עבירות פליליות. אולם, במקרים אלה, גם לפי עילת התביעה שבה הכירה הפסיקה, לא יורו בתי המשפט על חשיפה (1726 ד-ה).
- ט. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):
- (1) ראוי לקבוע כי המשפט הישראלי הכיר בעילת תביעה עצמאית נגד ספקיות אינטרנט ונגד מפעיליהם של אתרי אינטרנט – ולבחון, תוך כדי סקירת הפסיקה הקיימת והשוואתה למקובל בעולם, את גדריה המדויקים ואת התנאים ליישומה (1732 – 1733 א).
- (2) הליך מסוג *Norwich Pharmacal* [113] משתלב במסגרת הדיונית המוכרת ואינו סותר ברוחו ובתכליתו מסגרת זו. מדובר בהכרה פסיקתית בחובה של צדדים שלישיים (שיש להם מעורבות מסוימת באירוע העוולתי) כלפי תובעים פוטנציאליים (1734 ג).
- (3) (אליבא דחשנה לנשיאה א' ריבלין): אין מקום לאמץ במשפט הישראלי גרסה מקומית של הלכת *Norwich Pharmacal* [113]. לכלל כזה אין כל עיגון בחקיקה הישראלית והוא אינו משתלב במסגרת דיונית כלשהי המוכרת כאן. נהפוך הוא: הוא סותר ברוחו ובתכליתו את המסגרת הדיונית שהעמידו המחוקק ומחוקק המשנה לפני בתי המשפט האזרחיים. שינוי כמוצע צריך שיבוא מצד המחוקק ומצד מחוקק המשנה (1715 ד, ו-ז).
- י. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):
- (1) ספקיות אינטרנט הן חברות למטרת רווח הפועלות מכוח רישיון מיוחד. אמנם פעולה מכוח רישיון, כשלעצמה, אינה הופכת את פעילותו של אותו גוף לפעילות בתחומי המשפט הציבורי, אך ברי כי גם אין הספקית אדם פרטי (1734 ג, 1735 ב-ג).

- (2) הספקיות מספקות שירות לציבור, נמסר לידיהן משאב ציבורי, הן משתמשות בתשתיות בזק קיימות, וככאלה נושאות הן בחובות כלפי הציבור – חובות שאין אדם פרטי נושא בהן. יש בהן, אם לא משום דו-מהותיות, משום מהותיות מורכבת, קרי: מימד נוסף של חובות (735-ג-ד).
- (3) די בהיות הספקיות חברות הפועלות למטרת רווח ובעובדה שהן פועלות מכוח רישיון ונושאות בחובות מסוימות כלפי הציבור כדי להסביר מדוע עילת התביעה שבה הכירו הערכאות הדיוניות היא מוגבלת לנסיבותיה: תביעות נגד ספקיות אינטרנט (736-א-ב).
- (4) הפסיקה הישראלית (בערכאות הדיוניות) הכירה באחריות של מפעילי אתרים, בנסיבות מסוימות, לתכנים שהעלו צדדים שלישיים לאתריהם. לאתרי אינטרנט המאפשרים לגולשים להעלות תכנים משלהם יש מעמד מיוחד המצדיק את מתן האפשרות לנהל נגדם הליך שמטרתו זיהוי נתבע פוטנציאלי (1736-ז, 737-ה).
- ג. יא. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):
- (1) את הדרך הדיונית למימושה של עילת התביעה יש לגזור מסדרי הדין הקיימים. בהתחשב בטיב הדיון, שאינו כרוך בבירור עובדתי מורכב, הדרך הראויה היא להגיש המרצת פתיחה, שהמשיבה בה היא ספקית האינטרנט (או מפעילי האתר) (739-ו).
- (2) כיוון שעניינה של עילת התביעה הנוכחית הוא חשיפתם של שמות גולשים לצורך ניהול הליך משפטי נגדם, יכלול כתב ההמרצה פירוט בדבר התביעה הפוטנציאלית. ההמרצה בהליך זה תלווה בתצהיר, ובכך תונח לפני בית המשפט תשתית עובדתית (740-ג-ד, ה).
- (3) אם התביעה הפוטנציאלית היא בסמכותו של בית משפט השלום, תוגש המרצת הפתיחה לבית משפט השלום; אם התביעה הפוטנציאלית היא בסמכותו של בית משפט מחוזי, תוגש המרצת הפתיחה לבית המשפט המחוזי (740-ו).
- יב. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):
- (1) אשר לאיזון העקרוני בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, או בין חופש הביטוי לבין ביטויים "מזיקים" אחרים, הרי שזכותו של הגולש שנחשף לחופש ביטוי שמורה לו והיא מוגנת בהגנות ובעקרונות שנקבעו בפסיקה – כמותו ככל אדם המפרסם דבר-מה בשמו המלא (742-א, 1).
- (2) בנסיבות דנן, מדובר בחשיפת זהותם של גולשים שלגביהם הוצגה תשתית ראייתית טובה כי עוולו. אין מדובר בפגיעה באפשרות לשיח אנונימי שאינו עוולתי או באפשרות לחשוף את זהותם של גולשים בשל דעות שאולי אינן פופולריות אך אינן עוולתיות. האפשרות להתבטא באופן

- אנונימי בתחומים אלה חשובה לכלל ולפרט, ואין כל כוונה לצמצמה (ד-743ה).
- א (3) לקביעת מערכת כללים נפרדת לעוולות שבוצעו באינטרנט בעילום שם עלול להיות מחיר כבד בדמות חוסר ודאות וחוסר אחדות ביישום הדרישה לאותו "דברי-מה נוסף", דבר שעלול לחזור ולהשפיע גם על איזונים שהתגבשו בפסיקה לאורך עשרות שנים בתביעות "רגילות" – על הפגיעה בזכויות, ובראשן השם הטוב, המשתמעת מכך (752ב-ג).
- ב (4) (אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין): בשלב הראשון נערך הדיון שלא בפניו של המתבטא ואם לשלב המאוחר יותר של ההליך תידחק ההגנה על חופש הביטוי – עלולה לבוא לקיצה תקופת תור הזהב של האינטרנט כמדיום תקשורתי המוני, נגיש לכול – גם לחסר האמצעים – כמדיום חופשי שהאנונימיות היא חלק בלתי נפרד ממנו (719ה).
- ג.ג. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):
- א (1) ברירת המחלף תהיה כי כאשר מראה תובע שיש בידי תביעה טובה נגד גולש מעוול אנונימי, יורה בית המשפט על חשיפה. קרי: אם מדובר במקרה – שבו, אם הייתה זהות הגולש ידועה, הייתה תביעה נגדו מתקבלת – יש להורות על חשיפת זהותו (752ג-ד).
- א (2) יש להותיר את סמכותו של בית המשפט להורות על חשיפה כסמכות שבשיקול דעת, וייתכנו מקרים שבהם יימנע בית המשפט מהורות על חשיפה (752ד-ה).
- א (3) לשאלה, אם יש בידי התובע אפשרויות אחרות לזיהוי הגולש המעוול, אמנם ייתכן משקל בגדרי שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט, וקיים אינטרס שצדדים שלישיים לא ייגררו להליכים לא להם. אולם, אין לראות בפנייה מוקדמת או בפרסום הודעה באתר האינטרנט משום תנאי מוקדם הכרחי בכל מקרה (754 – 755א).
- א (4) בטרם יורה על חשיפה, על בית המשפט לעיין במידע, שיש בידיה של ספקית האינטרנט להמציא, ולשקול את התועלת הפוטנציאלית שבהעברת המידע לתובע (757ה).
- א (5) כיוון שמדובר בהליך המתנהל בין שני צדדים ושעניינו הוא חשיפת מידע הנוגע לצד שלישי, יהא בית המשפט רשאי, במקרים חריגים, ליישם את ההלכות המאפשרות לצד שלישי להישמע בטרם חשיפת מידע על אודותיו (757).

חוקי יסוד שאוזכרו: –
חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 7.

- חוק-יסוד: הכנסת, סעיף 4.
- א חקיקה ראשית שאוזכרה:
- חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, סעיפים 6, 11.
 - חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, סעיף 75.
 - פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיפים 71–75.
 - חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, סעיפים 2(11), 4, 5, 16.
 - חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.
 - פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיפים 1(א), 39.
 - פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), סעיף 2(2).
 - חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959.
 - חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, סעיף 4.
 - חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, סעיף 68.
- ב
- ג
- ד חקיקת משנה שאוזכרה:
- תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, תקנות 9, 9(3), 112–114, 119, 178, 178(א), 184, 241(א), 255, 363, 498.
- ה הצעות חוק שאוזכרו:
- הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, סעיף 13.
- ו פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:
- [1] ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 13.6.1999).
 - [2] בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006).
 - [3] ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309 (1995).
 - [4] בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003).
 - [5] בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פ"ד סב(4) 167 (2008).
- ז

- [6] בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994).
- א [7] ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558 (2004).
- [8] רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (לא פורסם, ניתן ביום 12.11.2006).
- ב [9] דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998).
- [10] בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).
- [11] רע"א 4256/98 ה.ל.ס. בע"מ נ' כור מתכת בע"מ, פ"ד נג(1) 621 (1999).
- [12] רע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי (לא פורסם, ניתן ביום 7.5.2009).
- ג [13] ע"א 307/66 שניאורסון נ' בית-החולים "שערי צדק", פ"ד כ(4) 167 (1966).
- [14] רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).
- [15] ע"א 174/88 גוזלן נ' קומפני פריזיאן דה פרטיספסיון, פ"ד מב(1) 563 (1988).
- ד [16] רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764 (1993).
- [17] ע"א 358/88 בלס נ' בנק דיסקונט בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 13.8.1989).
- [18] רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל, פ"ד סא(1) 126 (2006).
- ה [19] ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (לא פורסם, ניתן ביום 30.4.2009).
- [20] בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הבטחון, פ"ד טז 1023 (1962).
- ו [21] ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505 (1984).
- [22] ע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה(4) 359 (1981).
- [23] ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999).
- ז [24] ע"א 805/75 בן שלמה נ' קובדלו, פ"ד ל(3) 238 (1976).

- [25] רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995).
- [26] א ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987).
- [27] ע"א 1211/96 מפרק אדאקום טכנולוגיות בע"מ (בכינוס נכסים ובפירווק) נ' נשיונל קונסלטנטס (נטקונסלט) בע"מ, פ"ד נב(1) 481 (1998).
- [28] ב ע"פ 4491/07 בן דוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 28.5.2007).
- [29] תב"ם 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' פינס-פז, פ"ד נה(3) 159 (2001).
- [30] ג ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).
- [31] בג"ץ 126/84 גלבע נ' מפעל הפיס, פ"ד לט(4) 68 (1985).
- [32] בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 10.12.2009).
- [33] ד ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995).
- [34] בע"ם 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66 (2007).
- [35] ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314 (1980).
- [36] ע"א 2106/91 מזור נ' וחידי, פ"ד מז(5) 788 (1993).
- [37] ה בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997).
- [38] עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996).
- [39] בג"ץ 2481/93 דייך נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994).
- [40] רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (1993).
- [41] ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004).
- [42] בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953).
- [43] בג"ץ 1919/09 בן עזרא נ' שר הביטחון (לא פורסם, ניתן ביום 10.11.2009).
- ז

- [44] רע"א 1016/08 ע.א.מ. קונדוס בע"מ נ' אגס ירוק מסחר ושירותים בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 14.1.2010).
- א [45] ע"א 1167/01 עיריית ראשון-לציון נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד ס(3) 533 (2005).
- [46] רע"א 2498/07 מקורות חברת מים בע"מ נ' בר (לא פורסם, ניתן ביום 27.6.2007).
- ב [47] רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' שימקו (לא פורסם, ניתן ביום 13.6.2007).
- [48] רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' לוין (לא פורסם, ניתן ביום 13.10.2009).
- ג [49] עע"ם 4757/08 קליר כימיקלים שיווק (1994) בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (לא פורסם, ניתן ביום 10.6.2008).
- [50] רע"א 7867/06 פקיד שומה חיפה נ' לוטקי (לא פורסם, ניתן ביום 6.1.2008).
- [51] בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, ניתן ביום 20.6.2005).
- ד פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאזכרו:
- [52] ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (לא פורסם, ניתן ביום 11.11.2007).
- [53] ה"פ (מחוזי ת"א) 1244/07 מחזור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 20.3.2008).
- ה [54] כש"א (מחוזי ת"א) 11646/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני (לא פורסם, ניתן ביום 2.9.2009).
- [55] בר"ע (מחוזי נצ') 213/09 מושקוביץ נ' וואלה! תקשורת בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 19.1.2010).
- ו [56] ה"פ (מחוזי ת"א) 250/08 חברת ברוקרטוב בע"מ נ' חברת גוגל ישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 7.1.2009).
- [57] בר"ע (מחוזי ים) 3186/07 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' בביאן (לא פורסם, ניתן ביום 4.9.2007).

ז

- [58] בר"ע (מחוזי י-ם) 1002/09 העצני נ' וילנאי-פדרבוש (לא פורסם, ניתן ביום 21.9.2009).
- [59] ת"א (מחוזי חי') 726/05 אטיאס נ' קפה דיזל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 18.1.2009).
- פסקי דין של בתי משפט השלום שאוזכרו:
- [60] בש"א (שלום י-ם) 4995/05 פלונית נ' בזק בינלאומי בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 28.2.2006).
- [61] ת"א (שלום ראשל"צ) 5844/07 וינטרוב נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 3.12.2009).
- [62] ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 בורוכוב נ' פורן (לא פורסם, ניתן ביום 14.7.2002).
- [63] ת"א (שלום ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטלריד (לא פורסם, ניתן ביום 1.8.2005).
- [64] ת"א (שלום ת"א) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 28.10.2008).
- [65] ת"א (שלום קריות) 4815-02-09 ידיעות אינטרנט – מפעילת אתר ווי-נט נ' מור (לא פורסם, ניתן ביום 13.9.2009).
- [66] בש"א (שלום י-ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב (לא פורסם, ניתן ביום 2.7.2009).
- [67] בש"א (שלום ת"א) 178523/08 פריד נ' אלמוני (לא פורסם, ניתן ביום 23.12.2008).
- [68] בש"א (שלום ראשל"צ) 3189/09 בלושטיין נ' פלונית (לא פורסם, ניתן ביום 1.11.2009).
- [69] ת"א (שלום ת"א) 176992/09 אברמוב נ' ניוויז'ן הדרכות בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 12.10.2009).
- [70] בש"א (שלום ת"א) 151638/07 לוי נ' בזק בינלאומי בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 26.3.2008).
- [71] בש"א (שלום ת"א) 178590/07 מנסור נ' חלבי (לא פורסם, ניתן ביום 14.1.2008).

- א
- [72] בש"א (שלום חי) 5478/06 קי.אס.פי מחשבים בע"מ נ' ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 13.8.2006).
- [73] בש"א (שלום ת"א) 173154/07 פרטיקו נ' שידורי קשת בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 4.11.2007).
- [74] בש"א (שלום ת"א) 152863/08 פלח נ' דוקטורס – אתר אינטרנט (לא פורסם, ניתן ביום 12.2.2008).
- ב
- [75] ת"א (שלום ראשל"צ) 4470/07 ברלומנפלד נ' Google Inc. (לא פורסם, ניתן ביום 25.11.2007).
- [76] ת"א (שלום ת"א) 22992-09-09 מכון התקנים הישראלי נ' אלמוני (לא פורסם, ניתן ביום 15.11.2009).
- ג
- [77] בש"א (שלום ת"א) 160133/08 הרודס בניה ופיתוח (1990) בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 11.5.2008).
- [78] בש"א (שלום ת"א) 180513/08 ערב ערב באילת נ' פלוני/ת (לא פורסם, ניתן ביום 25.12.2008).
- ד
- [79] בש"א (שלום ת"א) 165986/07 וואלה! תקשורת בע"מ נ' קולקר (לא פורסם, ניתן ביום 9.9.2007).
- [80] ת"א (שלום ת"א) 32986/03 בושמיץ נ' אהרונוביץ' (לא פורסם, ניתן ביום 6.5.2007).
- ה
- [81] ת"א (שלום ת"א) 41022/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 10.5.2007).

פסקי דין אוסטרליים שאוזכרו:

[82] Kirella Pty. Ltd. v. Hooper (1999) 92 F.C.R. 90.

ו

פסקי דין איריים שאוזכרו:

[83] Megaleasing U.K. Ltd. v. Barrett [1993] I.R.L.M. 497.

פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:

ז

[84] McIntyre v. Ohio Elections Comm'n, 514 U.S. 334 (1995).

[85] California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988).

- [86] Doe v. Cahill, 884 A. 2d 451 (Del. 2005).
- [87] Dendrite Int'l, Inc. v. Doe, 775 A. 2d 756 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001). א
- [88] Mobilisa, Inc. v. Doe, 170 P. 3d 712 (Ariz. Ct. App. 2007).
- [89] Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- [90] James v. Jacobson, 6 F. 3d 233 (4th Cir. 1993).
- [91] Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Fed. Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971). ב
- [92] Kentucky Silver Min. Co. v. Day, 14 F. Cas. 351 (C.C.D. Nev. 1873) (No. 7,719).
- [93] Wood v. Worachek, 618 F. 2d 1225 (7th Cir. 1980).
- [94] Varlack v. S.W.C. Caribbean, Inc., 550 F. 2d 171 (3rd Cir. 1977). ג
- [95] Sigurdson v. Del Guercio, 241 F. 2d 480 (9th Cir. 1956).
- [96] McMillan v. Dep't of the Interior, 907 F. Supp. 322 (D. Nev. 1995).
- [97] Hannah v. Majors, 35 F.R.D. 179 (W.D. Mo. 1964). ט
- [98] Gillespie v. Civiletti, 629 F. 2d 637 (9th Cir. 1980).
- [99] Johnson v. City of Erie, 834 F. Supp. 873 (W.D. Pa. 1993).
- [100] Hastings v. Fidelity Mortg. Decisions Corp., 984 F. Supp. 600 (N.D. Ill 1997). ה
- [101] Dean v. Barber, 951 F. 2d 1210 (11th Cir.1992).
- [102] Kemper Ins. Cos., Inc. v. Fed. Express Corp., 115 F. Supp. 2d 116 (D. Mass 2000).
- [103] Stratton v. City of Boston, 731 F. Supp. 42 (D. Mass. 1989).
- [104] Greenbaum v. Google, Inc., 845 N.Y.S. 2d 695 (Sup. Ct. 2007). ו
- [105] Ottinger v. Non-Party The Journal News, 36 Media L. Rep. (B.N.A.) 2018 (Sup. Ct. N.Y. 2008).
- [106] Cohen v. Google, Inc., 887 N.Y.S. 2d 424 (Sup. Ct. N.Y. 2009).
- [107] Solers, Inc. v. Doe, 977 A. 2d 941 (D.C. 2009). ז

- א
- [108] Krinsky v. Doe 6, 72 Cal. Rptr. 3d 231 (Ct. App. 2008).
[109] Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960).
[110] State v. Reid, 945 A. 2d 26 (N.J. 2008).
[111] Indep. Newspapers, Inc. v. Brodie, 966 A. 2d 432 (Md. 2009).
- ב
- פסקי דין אנגליים שאוזכרו:
- [112] Sheffield Wednesday Football Club Ltd. v. Hargreaves [2007] EWHC 2375 (Q.B.).
[113] Norwich Pharmacal Co. v. Customs & Excise Comm'rs [1974] A.C. 133 (H.L. 1973).
[114] Totalise plc v. Motley Fool Ltd. [2002] 1 W.L.R. 1233 (C.A. 2001).
[115] Mitsui & Co. Ltd. v. Nexen Petroleum U.K. Ltd. [2005] 3 All E.R. 511 (Ch.).
[116] G. v. Wikimedia Found. Inc. [2010] E.M.L.R. 14 (Q.B. 2009).
[117] Ashworth Hosp. Auth. v. M.G.N. Ltd. [2002] 1 W.L.R. 2033 (H.L.).
[118] John v. Express Newspapers [2000] 1 W.L.R. 1931 (C.A.).
[119] Special Hosps. Serv. Auth. v. Hyde (1994) 20 B.M.L.R. 75.
[120] Campaign Against Arms Trade v. BAE Sys. Plc [2007] EWHC 330 (Q.B.).
- ג
- פסקי דין מהונג-קונג שאוזכרו:
- [121] Mfr.'s Life Ins. Co. of Canada v. Harvest Hero Int'l Ltd. [2002] 1 H.K.L.R.D. 828 (C.A.).
[122] State Bank of India v. Fleet Nat'l Bank [2006] HKCFI 964.
- ד
- פסקי דין ניו-זילנדים שאוזכרו:
- [123] Fitzherbert v. Faisandier (1995) 8 P.R.N.Z. 592 (C.A.).
- ה

פסקי דין מסינגפור שאוזכרו:

- [124] U.M.C.I. Ltd. v. Tokio Marine & Fire Ins. Co. (Singapore) Pte. Ltd. [2006] SGHC 142. א
- [125] Odex Pte. Ltd. v. Pac. Internet Ltd. [2007] SGDC 248.

פסקי דין קנדיים שאוזכרו:

- [126] Glaxo Wellcome PLC v. Minister of Nat'l Revenue [1998] 4 F.C. 439. ב
- [127] York Univ. v. Bell Canada Enters. (2009) 99 O.R. (3d) 695 (Ont. Sup. Ct. J.).
- [128] Warman v. Wilkins-Fournier (2009) 309 D.L.R. (4th) 227 (Ont. Sup. Ct. J.). ג
- [129] Irwin Toy Ltd. v. Doe (2000) 12 C.P.C. (5th) 103 (Ont. Sup. Ct. J.).

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [130] דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות (התשס"ז). ט
- [131] יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, שלמה לוינ עורך, 1995).
- [132] שלמה לוינ תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (מהדורה שנייה מורחבת מעודכנת ומתוקנת, 2008). ה
- [133] אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).
- [134] אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית (1992).
- [135] יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003). ו
- [136] רומן גארי "חיינו ומותו של אָמיל אַז'אר" עפיפונים 331 (אביטל ענבר מתרגם, 1983).
- [137] אסף הראל גופים דו-מהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008).
- [138] אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה עשירית, 2009). ז

- [139] משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי כרך ב (מהדורה חמש עשרה, 2007).
- א [140] איציק מנגר "על הדרך עץ עומד" שירים ובלדות 219 (מהדורה שנייה, בנימין טנא מתרגם, 1969).
- מאמרים ישראלים שאוזכרו:
- ב [141] מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9 (2007).
- [142] יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט – בין חופש ביטוי להפקרות" עיתונות דוט.קום – העיתונות המקוונת בישראל 85 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007).
- ג [143] רחל אלקלעי "אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק" המשפט ו 151 (2001).
- [144] אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983).
- [145] אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267 (1990).
- ד [146] אלכס שטיין "חסיון בנק-לקוח בדיני הראיות" משפטים כה 45 (1995).
- [147] יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247 (בועז סנג'רו עורך, 2007).
- ה [148] יצחק זמיר "חופש הביטוי באינטרנט" משפט וממשל ו 353 (2003).
- [149] עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדין מחדש" משפט וממשל ג 679 (1996).
- ו [150] אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475 (1993).
- [151] ידידיה צ' שטרן "אנטומיה של פסיביות שיפוטית בדיני חברות – קוצר הנורמה הפוזיטיבית" עיוני משפט יז 811 (1993).

ז

- [152] משה לנדוי "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט ה 500 (1982).
- [153] אליהו הרנון "הגנה על יחסי אמון: היש להכיר בחסיון העתונאי?" עיוני משפט ג 542 (1973).
- [154] עדנה קפלן-הגלר "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" מאזני משפט ד 125 (2005).
- [155] אברהם סהר "על פרוספקטיביות ורטרוספקטיביות ועל עיקרי מוסר, צדק, הגינות וביטחון משפטי" רפואה ומשפט 34, 140 (2006).

ספרים זרים שאוזכרו:

- [156] PAUL MATTHEWS & HODGE M. MALEK, *DISCLOSURE* (3rd ed., 2007).

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [157] Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421 (1980).
- [158] Tal Z. Zarsky, *Thinking Outside the Box: Considering Transparency, Anonymity, and Pseudonymity as Overall Solutions to the Problems of Information Privacy in the Internet Society*, 58 U. MIAMI L. REV. 991 (2004).
- [159] Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CAL. L. REV. 691 (1986).
- [160] Joan Steinman, *Public Trial, Pseudonymous Parties: When Should Litigants Be Permitted to Keep Their Identities Confidential?*, 37 HASTINGS L.J. 1 (1985).
- [161] Carol M. Rice, *Meet John Doe: It is Time for Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties*, 57 U. PITT. L. REV. 883 (1996).
- [162] Kevin LaRoche & Guy J. Pratte, *The Norwich Pharmacal Principle and Its Utility in Intellectual Property Litigation*, 24 ADVOC. Q. 301 (2001).

- א [163] Melody Yiu, *A New Prescription for Disclosure: Reformulating the Rules for the Norwich Order*, 65(2) U. TORONTO FAC. L. REV. 41 (2007).
- א [164] Case Note, *Ho Tsui-chun v. Att'y Gen.*, 11 HONG KONG L.J. 243 (1981).
- ב [165] Jeffrey D. Pinsler, *The Early Development of the Discovery Process in Civil Actions in Singapore*, 1997 SING. J. LEGAL STUD. 396.
- ב [166] Allison R. Hayward, *Regulation of Blog Campaign Advocacy on the Internet: Comparing U.S., German, and EU Approaches*, 16 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 379 (2008).

ג

שונות:

- [167] תזכיר חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו-2005, סעיפים 15, 15(ב).
- א [168] הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני, דו"ח חלקי (2004).
- א [169] משרד המשפטים, גנוך המדינה, יד ושם המשפט של אדולף אייכמן כרך ב (התשס"ג).

ד

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- א [א] תלמוד בבלי, ברכות מה, ע"א.
- א [ב] משנה, אבות ג, ב.
- א [ג] אנציקלופדיה תלמודית, כרך שמיני, תשב, ערך "הזק שאינו נכר".
- א [ד] תלמוד בבלי, גיטין נג, ע"א.
- א [ה] בית הבחירה, בבא מציעא ב, ע"א.
- א [ו] תלמוד בבלי, בבא מציעא ה, ע"ב.
- א [ז] תוספתא, גיטין ג, ז (מהדורת ליברמן 257).
- א [ח] שמות כא 24.
- א [ט] תלמוד בבלי, בבא קמא פג, ע"ב.
- א [י] תלמוד בבלי, פסחים כה, ע"ב.

ז

בקשה לרשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט י' עמית) מיום 22.4.2007 בבר"ע 8,50/06, 1632/07. הבקשה נדונה כערעור. הערעור נדחה ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט א' רובינשטיין.

א

המבקש טען לעצמו;
צפירי נגבי, מאיה תגר – בשם המשיבה.

ב

פסק דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

ג

1. בפורום באתר אינטרנט פורסמו הודעות אנונימיות לגבי המבקש – מטפל אלטרנטיבי במחלות עור. המבקש סבור כי הודעות אלה מוציאות את דיבתו רעה והוא חפץ להגיש בגינן תביעה לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע). דא עקא, שאין הוא יודע את זהות הנתבע, שכן ההודעות הן, כאמור, אנונימיות. לכן, פתח המבקש בהליכים נגד המשיבה, שהיא ספקית הגישה לאינטרנט (ISP – Internet Service Provider), ודרש כי זו תגלה נתונים שברשותה אשר יאפשרו לחשוף את זהותם של הגולשים-המפרסמים. חשיפת הזהות נעשית באמצעות כתובת ה-IP (Internet Protocol), שנווית לכל הודעה שכותב גולש ברשת האינטרנט.

ד

ה

בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט י' עמית), בדונו בבקשות לרשות ערעור על החלטות של בית משפט השלום, קבע כי דרישה זו בדין יסודה, והתווה לעניין זה אמות מידה מנחות. עם זאת, החליט בית המשפט המחוזי לייחס לפסיקתו תוקף פרוספקטיבי ולא להחילה על עניינו של המבקש. מכאן הבקשה לרשות ערעור. ביום 8.6.2009, בעקבות הדיון שהתקיים, ניתנה רשות ערעור לפי הסכמת הצדדים. כן ניתנה לצדדים הזדמנות להשלים את טיעוניהם בסיכומים כתובים. המבקש עשה כן. המשיבה לא הוסיפה על הטיעונים שהעלתה קודם לכן.

ו

ז

העובדות ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

- א 2. הפרסומים שעליהם יצא קצפו של המבקש הם, כאמור, הודעות של גולשים – תגוביות ("טוקבקים" – talk backs) – שפורסמו בפורומים העוסקים בנושאי טיפול ורפואה. הבקשה שלפנינו מתמקדת בשלושה פרסומים באתר www.doctors.co.il. בהודעה הראשונה (מיום 22.11.2006), תחת הרובריקה של שם הכותב, נרשם "רמי מור שרלטן", ותחת הרובריקה של הנושא נכתב "רמי מור שרלטן". בגוף ההודעה לא נכתב דבר. בהודעה השנייה (מיום 13.12.2006) רשמה "מישהי" את הנושא "די נמאס מהשרלטן רמי מור הזה", ובגוף ההודעה הוסף: "הלו, רמי מור די נשבר ממך שבכל פורום אתה מכניס הודעות מפוברקות שלך ומבלבל את הביצים לגולשים. אתה אפילו לא אחות מעשית". בהודעה השלישית (מיום 13.12.2006) נרשם כי הכותבת היא "מישהי", ובנושא נכתב: "רמי מור – דיר בעלק ממנו". גוף ההודעה היה ריק.

ב לגבי כל שלושת הפרסומים האלה הצליח המבקש, בהליכים הקודמים, לקבל את כתובת ה-IP של המפרסמים. עתה הוא מבקש כי המשיבה, שהיא ספקית הגישה לאינטרנט, תחשוף באמצעות כתובת ה-IP את זהות המשתמשים (הלקוחות שלה) שמן המחשב שלהם שוגרו ההודעות. יובהר כי בקשה זו אינה עוסקת במפעילי האתרים שבהם פורסמו ההודעות.

- ג 3. בית המשפט המחוזי קבע כי הסמכות ליתן את הסעד המבוקש קבועה בסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), או בסעיפים 71–75 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). בית המשפט הזכיר כי עוולות לפי חוק איסור לשון הרע, לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות), ולפי חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, הן בגדר עוולה לפי פקודת הנזיקין. בית המשפט הוסיף, בהתייחסו לשאלת הסמכות העניינית, כי יש לראות בבקשה מהסוג הנדון משום בקשה לסעד ביניים שנועד לשרת את הסעד העיקרי (כגון: תרופה בגין פרסום לשון הרע). לכן, סבר בית המשפט כי מן הראוי להגיש בכגון דא בקשה לצו עשה לחשיפת זהותו של המפרסם האנונימי, בגדרי "תביעה" נגד אותו

מפרסם, שיכונה בינתיים – כך בית המשפט – "פלוגי". בית המשפט הדגיש כי בדרך זו יוכל גם בית המשפט להתרשם מרצינותה של התביעה העיקרית לצורך הכרעתו בהליך הביניים הנסב על חשיפת הזהות. נפקות הדבר – כך הטעים בית המשפט – היא שהסמכות העניינית לדון בבקשה לחשיפת זהותו של המפרסם תהא נתונה לבית המשפט המחזיק בסמכות לדון בתביעה העיקרית. לעומת זאת, ככל שהבקשה עומדת בפני עצמה ואינה באה לשרת הליך עיקרי, הרי שהסמכות לדון בה נתונה לבית המשפט המחוזי. במקרה הנדון, כך ציין בית המשפט המחוזי, לא הגיש המבקש הליך עיקרי, אך הצהיר כי חשיפת זהותם של המפרסמים נועדה לשם קיום הליך כזה בעתיד. חרף זאת, נכון היה בית המשפט המחוזי לראות בבקשה כאילו הוגשה כ"סעד ביניים" ב"תביעה" לפי חוק איסור לשון הרע, המצויה בתחום סמכותו של בית משפט השלום.

4. בית המשפט המחוזי ציין כי הנושא של חשיפת שמותיהם של מפרסמים אנונימיים ברשת האינטרנט טרם הוסדר בדבר חקיקה, אם כי הזכיר שהוכן תזכיר חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו-2005 [167], אשר עוסק בסוגיה ואשר קובע מבחן של "חשש של ממש לביצועה של עוולה" (סעיף 15(ב) לתזכיר). בית המשפט סקר גם פסקי דין של בתי משפט בערכאות השונות שבהם הוצגו גישות מגוונות בשאלה אימתי יורה בית המשפט על חשיפת זהותו של מפרסם אנונימי באינטרנט. כך, לפי אחת הגישות, הוראה כזו תינתן כאשר עלולה לקום עבירה פלילית של פרסום לשון הרע (בש"א (שלום י"ט) 4995/05 פלונית נ' בזק בינלאומי בע"מ [60], מפי השופטת מ' אגמון-גונו, להלן: עניין פלונית). בית המשפט המחוזי סבר כי מבחן זה הוא צר מדי והוא מעורר קושי יישומי.

בית המשפט המחוזי עמד גם על היחס המורכב שבין האינטרנט לבין המשפט וציין כי, למצער בכל הקשור "לגרעין הקשה" של חוק איסור לשון הרע, אין מניעה מלהחילו על פרסומים באינטרנט. על רקע הנחה זו, נדרש בית המשפט לשאלת הפרסום האנונימי באינטרנט – שאלה ש"פנים רבות לה", כלשונו. בית המשפט הזכיר גישות שונות בעניין זה, ובהן גישה השוללת הצדקה ערכית-נורמטיבית לעצם קיומה של אנונימיות, לעומת גישה הרואה באנונימיות חשיבות, בין היתר, לאור חופש הביטוי ולאור הזכות לפרטיות. בית המשפט המחוזי עמד על תפישת האנונימיות כנתון מובנה בתוך העולם

א הווירטואלי וציין כי, לא פעם, מותנות הנכונות והיכולת להתבטא באפשרות לעשות כן בעילום שם. מנגד, הצביע בית המשפט על ניצול אפשרי של האנונימיות כדי להשתלח, להשמיץ ולפגוע, בלי ליתן על כך את הדין.

ב האנונימיות, כך פסק בית המשפט המחוזי, אינה מעניקה "חסינות" למי שפרסם לשון הרע, וגבולות האנונימיות הם הגבולות המוכרים של חופש הביטוי. אך, בה בעת, הזהיר בית המשפט מפני התוצא "המצנן" שעלול להיות לחשיפת זהותו של גולש, לאמור: הרתעת יתר מלהתבטא ברשת האינטרנט פן תבוא בעקבות זאת תביעה משפטית. לכן, סבר בית המשפט כי חשיפת זהותו של גולש שפרסם תגובת באינטרנט צריך שתהא מותנית בקיומו של "דבר-מה נוסף". לעניין מהותו של "הדבר הנוסף" הציע בית המשפט כמה מבחנים גמישים ובלתי ממצים שעניינם: תום ליבו של מגיש התביעה; סיכויי התביעה; מהותו של הביטוי ומקומו ב"היררכיה" של חופש הביטוי; מיהותו של הנפגע מן הביטוי – אם הוא איש ציבור – וקיומו של עניין ציבורי בפרסום; עוצמתו של הביטוי הפוגע והפוטנציאל לפגיעה בתובע; היותו של הפרסום חד פעמי או – להבדיל – חוזר ונשנה, ומשך הזמן שבו נמצא הפרסום באתר; טיבו של האתר, הפורום או הבלוג שבו נעשה הפרסום והקשר הדברים; משקלו של הפרסום בעיני הקורא הסביר; מידתיות – "על בית המשפט לבחון אם שכרו של הגילוי אינו יוצא בהפסדו, קרי, התועלת שתצמח מחשיפתו של הגולש לעומת הנזק שעלול להיגרם עקב החשיפה" (בפסקה 38).

ה 5. בית המשפט המחוזי הוסיף והתווה כמה צעדים מקדימים שיש לנקוט עובר לחשיפת זהותו של מפרסם אנונימי באינטרנט: מיצוי הניסיון לחשוף את המפרסם האנונימי, לרבות באמצעות פנייה דרך האתר שבו נעשה הפרסום המשמיץ; יידוע בכל דרך אפשרית של המפרסם האנונימי על הכוונה לחשוף את זהותו ועל האפשרות הנתונה לו לפנות לבית המשפט במעמד צד אחד כדי להתנגד לחשיפה; ביצוע החשיפה בשלבים: "בשלב הראשון, יימסרו הפרטים לעיני בית המשפט בלבד. בית המשפט ימציא העתק התביעה והבקשה לנתבע שפרטיו נמסרו על ידי ספק הגישה בצירוף החלטה כי הוא רשאי בשלב זה להתנגד לחשיפת זהותו, במסגרת בקשה שבה יפרט את טעמי ההתנגדות. בית המשפט יהיה רשאי לעיין בבקשת ההתנגדות במעמד צד אחד, ואף לקיים דיון

במעמד צד אחד, אם לפי תקנה 119 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ואם מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט" (בפסקה 40). בית המשפט הוסיף כי על התובע לשאת בכל ההוצאות הכרוכות באיתורו של המפרסם ובחשיפת זהותו, ולשם כך עליו להפקיד בקופת בית המשפט סכום שייקבע על ידי בית המשפט. בית המשפט הותיר בצריך עיון את השאלה אם קיימת חובה על מבקש החשיפה לפנות קודם לכן אל הכותב האלמוני בדרישה להתנצלות.

א

6. עניין נוסף שבית המשפט קמא נתן עליו את דעתו הוא הקושי הטכני הקיים לעתים בכל הנוגע לחשיפת זהותו של המפרסם. זאת, הן משום שכתובת ה-IP אינה בהכרח כתובת קבועה המשמשת את הגולש אלא מדובר לעתים ב-"IP דינאמי" המשמש בפרק זמן קצר כמה משתמשים; הן משום שכתובת ה-IP מזהה את המנוי-המשתמש (user) אך לא בהכרח את הכותב. כך, למשל, אם המשתמש הוא משרד, לא בהכרח ניתן לזהות מיהו האדם המסוים שרשם את הפרסום המשמץ. בית המשפט המחוזי הטעים אפוא כי גם על סוגיה זו, ועל האפשרות שחשיפת שמו של המשתמש תוביל להליכי זיהוי עוקבים ולפגיעה בפרטיות של גורמים שאין להם דבר עם הפרסום, להיות מובאות בחשבון בעת ההכרעה בבקשת החשיפה.

ב

ג

ד

עם זאת, דחה בית המשפט המחוזי את הטענה כי חשיפת זהותם של גולשים-מפרסמים עולה כדי הפרתה של חובת הסודיות שחבה המשיבה ללקוחותיה. המשיבה אינה נדרשת "להלשין" על לקוחותיה – כך הבהיר בית המשפט – אלא כל שנדרש ממנה הוא לקיים צו של בית המשפט המורה לה לחשוף את זהותו של המשתמש. בית המשפט קבע כי אין לגזור מחובת הסודיות של ספקי הגישה כלפי לקוחותיהם, הכפופה להוראות הדין, חיסיון חדש בעבור הגולשים באינטרנט.

ה

7. באשר למקרה שלפנינו: בית המשפט קבע כי הפרסומים נופלים ב"תפר" שבין המישור הפרטי לבין המישור העסקי, בשל הזהות בין המבקש לבין משלח ידו. בית המשפט הוסיף כי הפרסומים נעשו באתר המציג עצמו כמוביל בתחום הבריאות, הכולל פורומים רבים ושרופאים משיבים בו לשאלות גולשים. לכן, כך נקבע, הקורא הסביר מייחס משקל לנאמר באתר זה. בית

ו

ז

א המשפט ציין כי בתנאי השימוש בפורום מתחייב הגולש להימנע מהוצאת דיבה. כן הדגיש בית המשפט כי מדובר בפרסומים חוזרים ונשנים – בבחינת "מערכה" נגד המבקש – המשחירים את פניו והפוגעים במהימנותו תוך כדי שימוש בביטויים נוסח "גנב" ו"שרלטן". בית המשפט היה ער להיותם של ביטויים מסוג זה נפוצים בשיח התגובות, אולם נטה בכל זאת לדעה כי מדובר בפרסום החורג מהבעת דעה לגיטימית. לפיכך, הטעים בית המשפט כי במצב הדברים הרגיל היה מורה על חשיפת פרטיו של המשתמש. אך, בשל העובדה שמדובר בהחלטה המשנה את המבחן המצמצם שנקבע בעניין פלוניא [60], "לא יהא זה הוגן, שאותו גולש אנונימי, גם אם חטא לכאורה בעוולה של לשון הרע, ישא על גבו את תוצאות המאבק העקרוני שניהל המבקש" (בפסקה 50). לכן, החליט בית המשפט כי התווייתו תחול באורח פרוספקטיבי ולא תיושם במקרה הנדון.

ג

טענות הצדדים

8. המבקש טוען כי, מאחר שקיבל בית המשפט המחוזי את טענותיו במישור העקרוני, לא היה מקום לכך שיקבע את תחולת ההלכה מכאן ולהבא, כמו היה פסק הדין דבר חקיקה. לדעת המבקש, קביעה מסוג זה עלולה לשלול את התמריץ של בעלי דין עתידיים לפעול לשינוי הלכה ולפיתוח המשפט. היא אינה צודקת ויש בה משום הנצחה של טעות בדין. היא שוללת מבעל דין שזכה במשפט את פירות זכייתו. המבקש מדגיש כי הליך החשיפה שנקט נועד כל כולו לאפשר לו להגיש תביעה בגין לשון הרע נגד מי שהכפיש את שמו באינטרנט. לגוף העניין מצביע המבקש על הנזק שנגרם לו ולמפעל חייו עקב הפרסומים הנדונים, שכל האמור בהם, לדבריו, הוא כוזב ודיכתי. המבקש סבור כי אין מדובר בענייננו בחופש ביטוי כי אם בהתנכלות מרושעת. לשיטתו, אין נפקות להחלתו של חוק איסור לשון הרע על פרסומים ברשת האינטרנט אם לא ניתן לחשוף את זהותם של המפרסמים באמצעות פנייה לספק השירות. חשיפת הזהות היא, לשיטת המבקש, שלב מקדים שבלעדיו – אין: אין תביעה, אין דין ואין דיין. חשיפה זו תממש את זכות הגישה לערכאות של המבקש.

9. המשיבה תומכת בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי אך סבורה שבית המשפט שגה בנימוקיו. לדידה, אין לראות בה בעל דין אמיתי בסכסוך

א שבין המבקש לבין כותבי התגובות, והיא מצויה, למעשה, בתקן של "ידיד בית משפט". המשיבה סבורה כי אין קיימת הוראת חוק המאפשרת לחייב אותה לחשוף את זהותם של לקוחותיה ולהופכה "למלשין הלאומי", הכול – תוך כדי פגיעה בזכויותיה שלה, כגוף מסחרי פרטי, ובזכויות לקוחותיה (החופש להתבטא, הזכות לפרטיות). המשיבה מציעה להמתין עד שהמחוקק יאמר את דברו בסוגיה הנדונה, לאחר שישקול את מגוון ההיבטים הכרוכים בה. היא מזהירה מפני "מדרון חלקלק" שיקעקע את היתרונות הנובעים מן השימוש ברשת האינטרנט. לגוף הפרסומים טוענת המשיבה כי מדובר ב"כינויי גנאי סתמיים" וכי ממילא לא ניתן משקל רב לסוג זה של פרסומים. המשיבה גם מדגישה שאין היא יודעת מי כתב את ההודעות הפוגעניות לכאורה, וכי חשיפת שמותיהם של הלקוחות שהשתמשו בכתובת ה-IP לא תוביל בהכרח לכותב ההודעה.

ב סבורני כי דין הערעור להידחות, אף כי הגעתי למסקנה זו מנימוקים שונים מאלה של בית המשפט המחוזי – הכול כמפורט להלן.

ג חשיפת זהותו של גולש "אנונימי" – הסבר טכני קצר

ד 10. טרם שאכנס לעובי הקורה בשאלות שבמחלוקת, ראוי להקדיש כמה מילים לגבי דרך הזיהוי של כותבי הודעות אנונימיות ברשת האינטרנט. כאמור, הזיהוי נעשה באמצעות כתובת IP. כתובת זו היא מספר המשמש לזיהוי מחשבים ברשתות תקשורת שבהן משתמשים בפרוטוקול התקשורת IP, כגון רשת האינטרנט. לכל מכשיר ברשת מתייחדת כתובת IP שבאמצעותה ניתן לשלוח אליו מידע או לקבל ממנו מידע. כיום, פועלת רשת האינטרנט לפי גרסה 4 של פרוטוקול ה-IP (תקן IPv4), שבו כתובת IP היא בת 32 ספרות בינאריות 0 או 1 (סיביות). לשם הנוחות, מקובל לייצג את הכתובת הבינארית באמצעות ארבעה מספרים עשרוניים שכל אחד מהם הוא בין 0 ל-255 (לדוגמה: 190.148.10.123). יצוין כי בשל מחסור בכתובות IP הוגדר תקן חדש (תקן IPv6).

ה במקרה הטיפוסי, זיהוי של גולש "אנונימי" שפרסם תגובת באתר מסוים מצריך את עירובם של שני גורמים: הגורם הראשון הוא האתר עצמו, שמחזיק

א במידע על אודות כתובת ה-IP של המחשב שממנו בוצעה הגלישה. הגורם השני הוא הספק של שירותי הגישה, שבאפשרותו לשחזר למי מלקוחותיו הוקצתה בזמן ייגלישה כתובת ה-IP המסוימת. בענייננו, מחזיק המבקש בכתובות ה-IP וכעת הוא חפץ "להשלים את התמונה" בעזרתה של המשיבה, היא הספקית של שירותי הגישה.

ב יש להדגיש כי לא בכל המקרים אכן ניתן להשלים את התמונה. לא זו בלבד שנתונים, כגון כתובות IP, ניתנים למחיקה, אלא שגם אם התהליך כולו מבוצע, עדיין ייתכנו מצבים שבהם איתורו של המחשב או של המשתמש הרשום (user) לא יועילו או לא יספיקו כדי לזהות את האדם-המעוול. עמד על כך בית המשפט המחוזי, בפסקה 43:

ג "חשיפת שם המנוי-המשתמש, שעשה שימוש בכתובת ה-IP בעת הפרסום המשמיץ, אינה ערובה לחשיפת זהותו של הכותב. מי לידינו יתקע כי המשתמש הוא גם הכותב שפרסם את לשון הרע. לדוגמה: אם המשתמש הוא עסק או משרד שבו עשרות עובדים, ספק אם ניתן יהיה לזהות מי ישב ליד המחשב ושיגר אל החלל הוירטואלי את הפרסום המשמיץ. גם בבית פרטי, הדודה מחדרה שהגיעה לביקור קצר, בכחינת אורח נטה ללון, עשויה הייתה להשתמש במחשב. אף ייתכן, שהדודה מחדרה רכשה כמתנה לאחייניה האהובים בתל אביב את שם המשתמש, ולה עצמה אין כל קשר לשימוש בפועל.

ה ולא רק זאת, אלא שלטענת ברק, ניתן לזייף את כתובת ה-IP, או במקרה של אינטרנט אלחוטי, לנצל את שם המשתמש ממקום קרוב לביתו של הלקוח, אם כי לשם כך יש צורך בהבנה ובתחכום המאפיינים פצחנים (האקרים) ופרצנים (קראקרים)".

ו יצוין בהקשר זה כי אין צורך להיות פצחן או פרצן (hacker) כדי לסור לעמדת אינטרנט כזו או אחרת – למשל, בבית קפה – ולחבר מסר פוגעני בלתי ניתן לעקיבה. ניתן לומר שכיום, ככל שהגולש "תמים" פחות – ככל שכוונותיו רעות – כך ניתן לצפות שהוא ינקוט את האמצעים השונים הקיימים כדי להסוות את זהותו, באופן ש"..." [דווקא מי שמתכוון להכפיש, או לבצע עוולה אחרת

ועושה זאת במכוון, לא ייחשף" (ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) [52], בפסקה 6(א), להלן: עניין סבו).

א

הזכות לאנונימיות

11. ככל שהיה בידי לבדוק, ההקשר הראשון שבו נתבקש במשפטנו סעד מהסוג הנדון – מתן צו המורה לצד שלישי לחשוף את זהותו של נתבע פוטנציאלי – הוא ההקשר של גילוי פרטיהם של גולשים אנונימיים ברשת האינטרנט. בעידן המודרני מדובר בהקשר מיוחד ובעל חשיבות, אך בוודאי אין מדובר בהקשר יחיד שאין בלתו. הרי גם במצבים נוספים עשוי אדם, הרואה את עצמו קרבן של עוולה אזרחית, להתקשות במציאת הנתבע הנכון שעוול כלפיו, ומנגד – למצוא אדם שלישי שמסוגל לשפוך אור על זהותו של המעוול. ובכל זאת, כאמור, עד שבא האינטרנט, לא התמודדה הפסיקה בישראל עם עתירה מהסוג הנדון למתן הוראה לצד שלישי לחשוף בהליך מקדמי את זהותו של הנתבע הפוטנציאלי, וממילא גם לא הותוותה מסגרת דיונית לכך. ראוי אפוא לפתוח בהצגה כללית של ההקשר הנוכחי שבו נתבקש הסעד החריג.

ב

ג

ד

במישור הכללי-החוקתי, עת מבקש אדם לשמור על האנונימיות שלו בהקשר של פרסום התבטאות מסוימת, עומדות לו שתי זכויות יסוד חשובות: הזכות לחופש ביטוי והזכות לפרטיות. אכן, האפשרות להתבטא באופן אנונימי היא חלק מחופש הביטוי. בית המשפט העליון בארצות-הברית עמד על כך לא פעם, ובאחת הפרשות אף הטעים כי האבות המייסדים פרסמו את מנשריהם הקוראים לעצמאות, ואת השקפותיהם באשר לדמותה של האומה המתהווה, באופן אנונימי (ראו [84] *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, להלן: פרשת *McIntyre*). השופט Clarence Thomas ציין באותו מקרה כי:

ה

ו

"There is little doubt that the Framers engaged in anonymous political writing. The essays in the Federalist Papers, published under the pseudonym of 'Publius,' are only the most famous example of the outpouring of anonymous political writing that occurred during the ratification of the Constitution [...] In this case, however, the historical evidence indicates that Founding-

ז

א era Americans opposed attempts to require that anonymous authors reveal their identities on the ground that forced disclosure violated the "freedom of the press" (at pp. 360–361).

ב אכן, כותבי התגובות לא "המציאו את הגלגל" באמצע לעצמם "שמות עט" או "שמות מקלדת". השמירה על האנונימיות משרתת תכליות חשובות בהקשר של חופש הביטוי. האנונימיות היא לעתים תנאי לעצם האפשרות והנכונות להתבטא, ופעמים האנונימיות היא גם חלק מן המסר הגלום בביטוי.

ג היכולת לשמור על עילום שם היא לעתים תנאי לעצם האפשרות או הנכונות להתבטא. יש מצבים שבהם אדם שלא יוכל לדבוק באלמוניותו – לא יתבטא כלל. כך, למשל, בשל תחושות אישיות, כמו בושה או מבוכה או בשל לחצים חיצוניים וחששות מפני תגובת הסביבה. "The decision in favor of anonymity may be motivated by fear of economic or official retaliation, by concern about social ostracism, or merely by a desire to preserve as much of one's privacy as possible" (עניין *McIntyre* [84], בעמ' 341–342). ייתכנו בהחלט מצבים שבהם המסרים החשובים ביותר – לאדם עצמו או לאחרים זולתו – יהיו עצורים בתוך האדם פנימה, ורק היכולת לומר את הדברים באופן אנונימי תוכל לפרוץ את החסמים. ממילא, האנונימיות היא לפעמים פתח לחופש ביטוי.

ד 12. האנונימיות היא לעתים חלק מהמסר עצמו. היא נועדה לחדד את המסר, לתמוך בו או למנוע העמסת הנחות מסוימות על תוכנו של הביטוי. טלו מיחיאל די-נור את הפסבדונים "ק. צטניק" (כינוי לאסיר במחנה ריכוז), ונטלתם מיצירתו חלק חשוב מן המסר. טלו מרומן גארי את שם העט אמיל אז'אר, ומנעתם ממנו את הבחירה להסיר מיצירותיו המאוחרות את המוניטין של יצירותיו המוקדמות. ודאי שלא באתי לומר כי קיימת שקילות בין ענקי הרוח שבחרו לעצמם פסבדונים לבין כותבי התגובות – בין "אחד העם" לבין "אחד שיודע" – אך מחשיבותה של המסכה, כחלק מחופש הביטוי, לא נוכל להתעלם.

ה 13. האנונימיות היא גם חלק מן הזכות לפרטיות – מן החשובות שבזכויות (ראו: ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל [1]; בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין

הרבני האזורי בנתניה [2]; ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס [3], בעמ' 353). היא מוגנת בדבר חקיקה (חוק הגנת הפרטיות) והועלתה לדרגה של זכות חוקתית מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7). אכן, "הזכות לפרטיות היא זכות מורכבת, שאת גבולותיה לא קל לקבוע" (בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה [4], בעמ' 539). אולם, אין ספק כי יש לראות באנונימיות משום מרכיב חשוב בזכות לפרטיות, שכן היא מאפשרת לאדם "להיעזב לנפשו" ולהימנע מחשיפה אישית וממסירת מידע על אודותיו שהוא אינו מעוניין שיימסר (ראו גם בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז [5]). אכן, האנונימיות מקנה לאדם שליטה על מידע על אודותיו (ראו Ruth [157] *Gavison, Privacy and the Limits of Law*) ומונעת "נעיצת מבט" לצנעת חייו (ראו גם מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" [141]). היה זה השופט Brennan שהמחיש את חשיבותה של האנונימיות, בקובעו כי הזכות לפרטיות משתרעת גם על האשפה שמפנה אדם מביתו (California v. Greenwood [85]).

14. חשיבותה של האלמוניות מקבלת משנה תוקף בהקשר של הגלישה באינטרנט (ראו Tal Z. Zarsky, *Thinking Outside the Box: Considering Transparency, Anonymity, and Pseudonymity as Overall Solutions to the Problems of Information Privacy in the Internet Society* [158]). האינטרנט חולל תמורות נכבדות בהיבטים רבים של חיינו, ובכלל זה בתחומים של איסוף מידע, של היחשפות לו, של תקשורת בין בני אדם ושל התבטאות חופשית. כך, למשל, ניתן בהחלט לומר כי חופש הביטוי של עידן האינטרנט אינו כחופש הביטוי של העידן הקדם אינטרנטי (כפי שיש הסופרים את מניין השנים תוך הבחנה בין תקופת ה"קדם גוגל", BG, לבין התקופה שלאחר גוגל, AG). חופש הביטוי הפך לזכות מוחשית הרבה יותר. אם בעבר הייתה היכולת להעביר מסרים בתפוצה רחבה – וליטול חלק של ממש בשיח הציבורי – שמורה בפועל למתי מעט, ובעיקר לאמצעי התקשורת עצמם או לאלה שהיו בעלי גישה אליהם, בא האינטרנט ופתח את שעריו לכול. עמדה על כך השופטת מ' אגמון-גונן בעניין פלונית [60], בפסקה 5(ב):

"הרשת היא אפוא זירה טבעית להתפתחות שיח מבוזר, המאפשר

א למשתתפים רבים להתבטא באופן עצמאי וישיר במעין 'הייד פארק'
וירטואלי. לכך קיימת חשיבות עליונה, וכעת יכול אדם לממש
בפועל את חופש הביטוי, שבעידן הטרורם אינטרנט, היה נתון לו
כמעט באופן תיאורטי בלבד".

ב האינטרנט הוא "כיכר העיר" החדשה שהכול שותפים לה. המדיום החדש –
המרחב הווירטואלי – מצוי בכול ופתוח לכול. הכלים שהוא מציע, ובהם "חדרי
השיח", הדואר האלקטרוני, הגלישה על גלי הרשת העולמית ובתוך הרשתות
החברתיות – מאפשרים קבלת מידע והעברתו, "האזנה" לדעות של אחרים
והשמעתן של דעות עצמיות. זהו אפוא אמצעי דמוקרטי מובהק המקדם גם את
עקרון השוויון והמציב מחסום בפני התערבות שלטונית, ובפועל – רגולטיבית,
ג בחופש הביטוי. המקלדת זמינה לכל כותב, והקשה על זנבו של "העכבר"
מובילה את הכתוב לקצווי הארץ. הציבור אינו זקוק, באותה מידה כבעבר,
לפלטפורמה שמעמידים לרשותו אחרים (ראו Doe v. Cahill [86]). כל אחד
מבני הציבור רשאי ומסוגל ליצור "עיתון" משלו ולתת בבלוג דברו. ייחודן של
התגובות הוא באלמוניותן, בספיחתן למאמרים כתובים בידי אחרים ובניצול
T פלטפורמות זמינות להשמעת דעות אינדיווידואליות. מדובר אפוא באמצעי
נגיש, מידי, נטול גבולות גיאוגרפיים ולעתים תכופות – נטול סינון ועריכה. וכן
– גם אנונימי.

ה 15. מעת לעת נשמעת ביקורת על תוכנן של התגובות ועל דרך ניסוחן. אם
לומר את המעט, הרי שבתרבות המקומית לא תמיד שולטים בז'אנר זה הלשון
הצחה, הניסוח הרהוט והמסרים המעודנים. חלק ניכר מהפרסומים נושא
במקומותינו אופי וולגרי ובוטה, וקיים פער בולט בין הנחרצות של הדעות
המבוטאות לבין התשתית התומכת בהן. כל אלה משפיעים, ללא ספק, גם על הערך
ועל המשקל שניתן לייחס לרבים מפרסומי ה־instant המופיעים באינטרנט חדשות
לבקרים. אך בכל אלה אין כדי לשמוט את הערך החוקתי העומד ביסוד השיח הזה.
עצם העובדה שיש מבין התגובות שטעמן רע ושניסוחן עילג בוודאי אינו מוציא
אותן מתחולת הזכות החוקתית לחופש ביטוי (ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות
ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור [6]). כפי שפסקנו באחת הפרשות:

T

"כל הקורא בכתבה יבין וידע כי אלה הם דברים בוטים, גסים וחסרי טעם, המעוררים תחושה של גועל ושאט נפש [...] אולם בכך אין כדי להוציא, מבחינה עקרונית, את האמור בכתבה מגדרי חופש הביטוי, שהרי כידוע, עיקר תכליתו של חופש הביטוי להבטיח הגנה לביטויים קיצוניים ומעוררי מחלוקת. דברי נועם, הערבים לאוזן והקלים לעיכול, אינם זקוקים להגנה של חופש הביטוי. דווקא אותן אמירות המעוררות תחושות שליליות – הן אלה שחשופות לפגיעה, ולכן הן זקוקות למעטה ההגנה של הזכות הבסיסית – זכות שהיא 'ציפור נפשה' של הדמוקרטיה [...] אכן, 'גסות הביטוי של האחד היא פואטיקה בפיו של אחר' [...] (Cohen v. California (1971)). איש איש ודרך ביטוי [...] " (ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ' [7], בעמ' 572–573).

א

ב

ג

ובמקום אחר (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר [8], בפסקאות 26, 33 לפסק דיני, להלן: עניין בן גביר), כתבתי:

"הגידוף של אתמול הוא שפת הרחוב של היום. סיווג הדיבור על-פי סגנונו עשוי לייחד את חופש הביטוי למיטיבי הדיבור ולצחי הלשון לבדם. חופש הביטוי צריך שיהיה שמור גם לעלגי הלשון, שהם תכופות גם קשיי היום. שפתם אינה 'בעלת ערך פחות' (פסק-דין *Chaplinsky* הנ"ל). כשם שחרות הביטוי היא עיוורת כלפי התוכן, כך אין היא נותנת דעתה לסגנון.

ד

ה

[...]

אכן, ניתן היה למתן רבות מבין ההתבטאויות הצורמות והמעליבות באמצעי התקשורת, באמצעות הימנעות משידורים חיים ובאמצעות שימוש בעזרים טכניים – כגון אותו צפצוף ה'מעלים' כל אמירה מכוערת או מכעיסה. בנסיבות חיינו עשויה אז היתה התוצאה, שמקצת מן השידורים היו נשמעים כ'צפצוף' ארוך אחד. לא זו דרכה של מדינה השוחרת חופש ביטוי."

ז

16. חשיבותה של האנונימיות באינטרנט בולטת גם בהקשר של הזכות לפרטיות (ראו Sheffield Wednesday Football Club Ltd. v. Hargreaves [112]). מקום שבו עושה אדם שימוש באינטרנט, בין שהוא מפרסם דבר-מה, בין שהוא משוטט באתרים לפי בחירתו, נוצר לגביו – לעתים שלא בטובתו – מידע. לאורך זמן ניתן לומר כי נוצר לגביו מעין "מאגר מידע" הכולל פרטים רבים: החל מן הכתובת שבה הוא דר, דרך מספר כרטיס האשראי שבו הוא עושה שימוש, וכלה בתחומי העניין שלו ובעמדותיו בסוגיות שונות. תוצאת הדבר היא שלצד הפלטפורמות באינטרנט המעניקות אנונימיות למשתמש עלול האינטרנט לאיין את האנונימיות של מי שהפך לחלק ממאגר המידע העצום האצור בו. אם בעבר לא הייתה מצויה בדרך כלל גישה המונית למידע אישי ורגיש על הפרט, ומעשים בין ארבעת כותלי ביתו נותרו נסתרים מעיניהם של אחרים, באינטרנט ואיפשר, בדרכים ישירות ועקיפות, לחדור אל תוך נבכי נפשו של היחיד. ניפוצה של "אשליית האנונימיות", במציאות שבה תחושת הפרטיות של הגולש היא מיתוס, עלול לעורר אסוציאציות של "אח גדול". פגיעה זו בפרטיות – ראוי למזער. בגבולות ראויים, ראוי לשמר את מקלטי האנונימיות כחלק מתרבות הגלישה באינטרנט. ניתן לומר כי, במידה רבה, האנונימיות עושה את האינטרנט למה שהוא, ובלעדיה יגרע מן החופש במרחב הווירטואלי. ככל שתתרחב האפשרות לעלות על העקבות הנתרים בחלל הווירטואלי, יש לצפות לשינוי מהותי בדפוסי ההתנהגות של המשתמשים.

17. האנונימיות באינטרנט נשענת אפוא על זכויות יסוד חשובות. היא, מצידה, תומכת במימושן של זכויות אלה. עם זאת, האנונימיות אינה חזות הכול. האינטרנט אינו "מערב פרוע" ואין לראות בו מסגרת שבה אין דין ואין דיין. האנונימיות באינטרנט היא שטר ששוברו בצידו, והשובר הוא פטור מאחריות ומתן כסות גם למעשים עוולתיים. בענייננו, מחיר האנונימיות מתבטא בהעלאתם לרשת של פרסומים דיבתיים ללא אפשרות להגיש תביעה לפי חוק איסור לשון הרע. אין ספק שהקלות שבפרסום באינטרנט עלולה להרבות בפרסומי לשון הרע, בבחינת "הקלות הבלתי נסבלת של הדיבה". האנונימיות עלולה לשמש כמפלטו של מפיץ הדיבה. מאחורי פרגוד האלמוניות קל יותר להשתלח בזולת ולשחרר את חרצובות הלשון בלי לשאת באחריות. בכך עלולה להתאפשר פגיעה חמורה בזכות לשם טוב – זכות יסוד בעלת משקל רב במשטר

חוקתי המכיר בכבוד האדם (ראו דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס [9], בעמ' 74).

א

אכן, "הזכות לשם הטוב של האדם היא ערך יסוד בכל משטר דמוקרטי. היא תנאי חיוני לחברה שוחרת חירות. היא מבוססת בין השאר על הצורך בהערכה פנימית, בגאווה אישית ובהכרה אישית בין בני-אדם" (בג"ץ 6126/94 טנש נ' רשות השידור [10], בעמ' 832). שמו הטוב של אדם – המוניטין שצבר לעצמו במהלך חייו – הוא נכס מקניינו, הנרכש לעתים בעמל רב ולאורך זמן. הוא מהווה ביטוי חשוב לכבודו של האדם: הן כבוד במובן honor, לאמור: ההוקרה וההכרה הנובעים ממעמדו בחברה שאליה הוא משתייך, והן כבוד במובן dignity, לאמור: ערכו הפנימי של האדם. שמו הטוב של אדם מאפשר לו להימנות עם בני הקהילה ובכך להגשים את עצמו ולעצב את אישיותו (ראו Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution* [159]).

ב

ג

18. הזכות לשם טוב ולכבוד אינה מתאינת במרחב הווירטואלי ואין להסכין עם הילכדותה ברשת. יש לציין כי, גם אם מתגברים על "מחסום האנונימיות" ומגיעים לשלב של הגשת תביעה נגד נתבע ידוע, שאלה היא אם ראוי להחיל את דיני לשון הרע הקיימים על פרסומים משמיצים באינטרנט (ראו, למשל, יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט – בין חופש ביטוי להפקרות" [142]).

ד

ה

לטעמי, נדרשת הסדרה של הנושא, אך, בהיעדר עדכון ראוי של דיני לשון הרע הקיימים, מוטב להחילם "בשינויים המתחייבים" מאשר להניח קיומה של לאקונה. השינויים המתחייבים כוללים היבטים שונים של הפרסום באינטרנט, ובהם: המשקל המועט שניתן, לעתים קרובות, להתבטאויות בתגוביות בכלל, ובתגוביות אנונימיות בפרט; ריבוי התגוביות באופן שהפרסום המשמין "נבלע בהמון", לעתים קרובות; הנגישות של הנפגע עצמו ושל שוחרי טובתו לאותם אתרים שבהם נעשה הפרסום הכולל לשון הרע, והיכולת לפרסם הכחשות ותגובות מתאימות ("התרופה לדיבור הפוגע – היא דיבור נוסף", עניין בן גביר [8], בפסקה 17 לפסק דיני). כל אלה עשויים, לעתים תכופות, לייתר את הצורך

ז

האמיתי בקיומה של תביעה בשל לשון הרע ואף להפוך את טענות הנפגע ל"זוטי דברים".

א

שאלה נוספת נוגעת לתחולתו של סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, שעניינו לשון הרע שפורסמה באמצעי התקשורת, בנסיבות שבהן התביעה נסבה על תגובת שפורסמה באתר אינטרנט (לגישות השונות ראו: ת"א (שלום ראשל"צ) 5844/07 וינטרוב נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ [61]; ת"א (שלום כ"ט) 7830/00 בורוכוב נ' פורן [62]; ת"א (שלום ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטלריד [63]; ת"א (שלום ת"א) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ [64]; ת"א (שלום קריות) 4815-02-09 ידיעות אינטרנט – מפעילת אתר ווינט נ' מור [65]; ראו גם רחל אלקלעי "אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק" [143]).

ג

19. שאלות אחרונות אלה, העוסקות באופן שבו יש לפרש וליישם את דיני לשון הרע במרחב הווירטואלי, אינן צריכות הכרעה בענייננו. זאת, שכן מצויים אנו עדיין בשלב של טרם תביעה: שלב מקדמי שבו מוגשת בקשה להורות לספק של שירותי הגישה לחשוף את זהותו של המשתמש האחראי לפרסום אשר, לפי הנטען, הוא פרסום דיבתי. כלומר, מצויים אנו בשלב שבו הנפגע חפץ לתבוע ופותח באיסוף הנתונים הדרושים להגשת התביעה. המבקש עותר לגייס את מערכת המשפט בשלב מקדמי של איסוף המידע הדרוש לצורך תביעה עתידית. לפיכך, בקשה זו – ייאמר כבר עתה – היא חריגה ביותר. ככלל, בית המשפט אינו "נכנס לתמונה" קודם שמוגשת תביעה (כפוף לחריגים מוגדרים המעוגנים בחוק, כגון תקנה 363 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שעניינו סעד זמני לפני הגשת תובענה; להלן תיקראנה התקנות: תקנות סדר הדין האזרחי). לא זו אף זו, חריגותה של הבקשה מתבטאת גם ברצון לערב בהליך המשפטי-המקדמי צד שלישי, שאין כל טענה כי הוא עצמו מעורב במעשה העוולה, כדי שיגלה מידע שברשותו. לשיקולים החוקתיים, ובראשם החשש מפני פגיעה בזכויות יסוד עקב הסרת האנונימיות של השימוש באינטרנט, מצטרפים, לפיכך, גם האינטרסים של הצד השלישי – אדם או גוף פרטי – הנקרא לגלות מידע שברשותו לגבי זהות לקוחותיו שבזמן הגלישה ציפו להיותו אנונימיים.

ז

20. חשיבותו של הנושא הביאה לדיון בו בוועדה הבינמשרדית בראשות גב' טנה שפניץ, שמונתה על ידי שר המשפטים לבחון סוגיות שונות הקשורות במסחר אלקטרוני (הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני). בדו"ח החלקי של הוועדה ממאי 2004 [168] (פורסם באתר משרד המשפטים), נכתב כי מן הראוי לקבוע הליך שיאפשר לחייב את ספק השירותים למסור את פרטיו של מי שחיבר תוכן פוגעני. החיוב ייעשה על ידי בית המשפט תוך כדי מתן משקל לטיב התוכן הפוגע, למידת הנזק שנגרם, לקשר בין הפגיעה לבין הנזק וכן ליחס בין הנזק שייגרם מחשיפת שמו של מחבר התוכן לבין הנזק שעלול להיגרם מאי חשיפת השם. בעקבות עבודת הוועדה הוכן תזכיר חוק (תזכיר חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו-2005 [167]), שקבע בסעיף 15 הוראה בעניין חובת סודיות וגילוי פרטים:

א
ב
ג
ד

15. (א) לא יגלה ספק שירותי אירוח או ספק שירותי גישה כל פרט שיש בו כדי לזהות מחבר מידע, אלא אם הסכים לכך המחבר במפורש ובכתב או אם נדרש לכך לפי הוראות כל דין.	"חובת סודיות וגילוי פרטים
--	---------------------------

ה
ו
ז

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), הוכח להנחת דעתו של בית המשפט, כי קיים חשש של ממש לביצועה של עוולה או עבירה, רשאי הוא להורות לספק שירותי אירוח וספק שירותי גישה, לבקשת מי שטוען כי הפצת תוכן של מידע שנמצא על שרת של הספק מהווה עוולה כלפיו או עבירה, למסור למבקש את הפרטים שברשותו שיאפשרו את זיהוי מחבר המידע.

ח
ט

(ג) הפרטים שיש לציין בבקשה, המסמכים שיש לצרף לה, והתנאים שבהם ייתן בית

המשפט את הסעד המבוקש, ייקבעו
בתקנות.

א

(ד) בסעיף זה,

'עבירה' – עבירה המנויה בתוספת השניה
לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב],
התשמ"ב-1982."

ב

בעקבות הדו"ח פורסמה בשנת 2008 הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-
2008 (ה"ח-הממשלה, מס' 356), הקובעת בסעיף 13 כדלקמן:

ג

13. (א) ספק שירותי אינטרנט המספק שירות גישה
או שירות אירוח לא יגלה כל פרט, ידיעה
או מסמך שהגיעו אליו ושיש בהם כדי
לזהות מפיץ מידע, אלא אם כן הסכים לכך
מפיץ המידע, במפורש ובכתב, או אם נדרש
לכך לפי הוראות כל דין או לפי צו של בית
משפט כאמור בסעיף קטן (ב).

ד

(ב) הוכח להנחת דעתו של בית משפט כי קיים
חשש של ממש שתוכנו של מידע שהועלה
לרשת תקשורת אלקטרונית או הפצתו
ברשת כאמור, מהווים עוולה כלפי אדם או
הפרת זכות קניין רוחני שלו, רשאי הוא, על
פי בקשת אותו אדם, להורות לספק שירותי
אינטרנט המספק שירות גישה או שירות
אירוח, למסור למבקש פרטים שברשותו
שיש בהם כדי לזהות את מפיץ המידע.

ה

ו

(ג) השר יקבע הוראות לעניין הפרטים שיש
לציין בבקשה כאמור בסעיף קטן (ב),

ז

המסמכים שיש לצרף לה, סדרי הדיון
בבקשה והתנאים שבהם ייתן בית המשפט
את הסעד המבוקש".

א

אלא שעד כה לא נתקבל חוק בנדון. יתרה מכך, לאחר שנשמעו טענות הצדדים לפנינו, הוגשה הודעה מטעמם ובה נמסר כי בינתיים משכה ממשלת ישראל את הצעת החוק, וזו אינה צפויה לעלות לדיון מחדש, בוודאי לא בנוסח הקודם. ברקע ההחלטה למשוך את ההצעה, כך נמסר לנו, עומדות מחלוקות שנתגלו בין חבריה של ועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת הקודמת (שאליה הועבר הטיפול בהצעת החוק לאחר שעברה בקריאה ראשונה) לבין הממשלה, בנוגע להיקפו של החוק ולנושאים שיידונו בו. עוד נמסר כי קיימת כוונה לקדם חקיקה מצומצמת יותר שתסדיר, בין היתר, את נושא חשיפת זהותם של מפרסמים אנונימיים.

ב

ג

21. הנה כי כן, דבר חקיקה בנדון עומד על הפרק, אך הבאת הדברים לידי גמר נתקלת בקשיים – ואין תימה על כך. את החלל הזה ביקשו למלא בתי המשפט בתיקים ספציפיים שבאו לפניהם. בתי המשפט היו ערים לחריגותו של הסעד המבוקש, במיוחד על רקע הוואקום החקיקתי, וקבעו מבחנים שונים המגבילים את הנכונות לנתינתו. המבחנים השונים שנקבעו והיעדר האחידות בפסיקה גרמו ל"מבוכה", כפי שציין בית המשפט באחד מפסקי הדין (עניין סבו [52]). כאמור, בפסק דין של בית משפט השלום (בעניין פלוניית [60]) הציעה השופטת מ' אגמון-גונן מבחן הבדוק את קיומו של חשש לעבירה פלילית של פרסום לשון הרע, להבדיל מאחריות אזרחית גרידא (ראו גם את פסיקתה של השופטת אגמון-גונן בעניין סבו [52]). השופט עמית, בפסק הדין מושא הערעור שלפנינו, אימץ מבחן רחב יותר. השופט עמית לא ראה לנכון לתחום את האפשרות של גילוי זהותם של גולשים אנונימיים למקרים של חשש לעבירה פלילית. המבחן שקבע דורש, עם זאת, קיומו של "דבר-מה נוסף", כשלעניין זה פרש שורה של שיקולים שפורטו לעיל. כאמור, המבחן שנכלל בהצעת חוק מסחר אלקטרוני מתייחס ל"חשש של ממש" לקיומה של עוולה, ובמתווה זה הילך בית המשפט המחוזי (השופטת ד' פלפל) בה"פ 9 (מחוזי ת"א) 1244/07 מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ [53]. ראו גם את עמדתו של השופט

ד

ה

ו

ז

ע' שחם בבש"א (שלום י"ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב [66].

א

22. יצוין כי בארצות-הברית החילו בתי המשפט מבחנים משתנים בהקשר של חשיפת זהותם של משתמשים באינטרנט. במישור הפדרלי הפעילו בתי המשפט את §45(c)(2)(b), המאפשר הוצאת צו מסוג *subpoena duces tecum*, כלומר – צו המחייב את הנתבע או צד שלישי להציג מסמכים רלוונטיים לתביעה אזרחית (גם במישור המדינתי נתונה לבתי המשפט סמכות מקבילה).

ב

מכוח הוראה זו נתבקשו בתי המשפט להורות לספקי השירות לחשוף את זהותם של משתמשים כדי לקדם תביעה אזרחית בעילות שונות, ובהן לשון הרע. באחת הפרשות מיאן בית המשפט להוציא את הצו המבוקש, בקובעו כי לא הונחה תשתית לכאורה מספקת לקיומה של עילת לשון הרע (*Dendrite Int'l, Inc. v. Doe* [87]). בית המשפט עמד על הצורך לאזן בין הזכות החוקתית להתבטא באופן אנונימי לבין הזכות של התובע להגן על האינטרסים הקנייניים שלו ועל שמו הטוב באמצעות הגשת תביעה. בית המשפט הציע מספר מדדים לאיזון זה.

ג

ד

ראשית, על התובע לפעול כדי ליידע את המפרסם האנונימי על אודות הבקשה לגילוי זהותו ולאפשר לו הזדמנות סבירה להתנגד לבקשה. שנית, על התובע להציג במדויק את ההתבטאויות של כל מפרסם אנונימי שמקימות לו, לטענתו, עילת תביעה. שלישית, על בית המשפט לבחון בקפדנות אם התובע ביסס בבקשתו עילה לכאורה נגד המפרסמים האנונימיים, באופן שהתביעה תשרוד בקשה לסילוק בשל היעדר עילה (*motion to dismiss*). על בית המשפט לוודא גם שהתובע הציג ראיות מספקות התומכות בתביעתו. רביעית, על בית המשפט לשקול את עילת התביעה של התובע אל מול זכותו של הנתבע לחופש ביטוי אנונימי ולבדוק אם הגילוי הוא הכרחי כדי שהתובע יוכל להמשיך בתביעתו.

ה

ו

בפרשה אחרת (*Doe v. Cahill* [86]) העלה בית המשפט את הרף, בקובעו כי אין די בכך שהעילה לכאורה תוכל לשרוד בקשה לסילוק, ויש לבחון שהעילה לכאורה עומדת בסטנדרט של "summary judgment" (פסק דין בהליך מקוצר). ובפרשה נוספת (*Mobilisa, Inc. v. Doe* [88]) התווה בית המשפט מבחן משולש אשר אלה הם יסודותיו: ראשית, שהמפרסם קיבל התראה הולמת והזדמנות סבירה להשיב לבקשת הגילוי; שנית, שעילת התביעה שורדת את

ז

מבחן ה-"summary judgment"; שלישית, שמשקל האינטרסים של התובע גובר על משקל האינטרסים של הנתבע האנונימי. לגבי היסוד השלישי, מנה בית המשפט את המדרים הבאים: ציפייתו של המפרסם לפרטיות; ההשפעות האפשריות של הגילוי על המפרסם ועל אחרים כמותו; הצורך בחשיפת הזהות כדי לקדם את עניינו של המבקש; קיומן של חלופות אחרות לגילוי.

א

הנה כי כן, שאלת הגילוי מערבת שיקולים כבדי משקל, וניתן לומר כי מדובר בסעד בעל השפעות חמורות, גם במישור החוקתי. עמדתי על שיקולים אלה כדי להציג את הרקע להליך שהתבקש בפרשה שלפנינו וכדי להבהיר את תוצאתו של הסעד המבוקש כאן. אולם, האפשרות לפסוק את הסעד המבוקש תוך כדי איזון בין השיקולים שצוינו מותנית בקיומה של מסגרת דיונית ראויה. עמדתי היא שהעיסוק של בתי המשפט בישראל עד כה בשאלה של חשיפת זהותו של גולש אנונימי נעשה ללא מסגרת דיונית מתאימה. יש להבהיר: כל עוד אין דבר חקיקה הקובע הסדר פרטני למתן הצו המבוקש בהקשר של לשון הרע באינטרנט, אין מנוס מלבחון אם קיימת מסגרת כללית, שאינה מתייחדת להקשר הספציפי של פרסומים פוגעניים באינטרנט, שבגדרה ניתן להורות לצד שלישי לחשוף פרטים לגבי נתבע עתידי. כלומר, במישור הדיוני, אין ייחוד בשאלה בדבר חשיפת זהותו של גולש אנונימי באינטרנט, וממילא ברור שפתיחת הפתח למתן הצו המבוקש נושאת עימה השפעות רוחב מרחיקות לכת. כפי שיוסבר, לא מצאתי כי קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי. לשיטתי, אין "להמציא" מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית".

ב

ג

ד

ה

היעדר מסגרת דיונית למתן הסעד המבוקש

23. בהליך שלפנינו מעורבים שלושה "צדדים". ראשון, המבקש הטוען לפגיעה בשמו הטוב. שני, המעוול האנונימי. שלישי, המשיבה המחזיקה, לכאורה, במידע לגבי זהותו של המעוול האנונימי. כאמור, מצב זה אינו ייחודי לתביעות בגין לשון הרע באינטרנט. גם בתביעות שונות לחלוטין עשוי להיווצר מצב שבו אדם סבור כי נזק בעוולה ואין הוא יודע את זהותו של המעוול, אף כי הוא חושד שצד שלישי ידוע מסוגל להצביע על המעוול הבלתי ידוע ולחשוף את שמו. השאלה הדיונית שלפנינו רחבה אפוא יותר מן ההקשר

ו

ז

א הספציפי של חשיפת גולשים אנונימיים ברשת האינטרנט, וזו השאלה: האם קיימת במשפט האזרחי הישראלי מסגרת דיונית שבה ניתן לחייב אדם לחשוף את זהותו של אדם אחר כדי שניתן יהיה להגיש תביעה נגד זה האחרון בגין עוולה שביצע לכאורה?

ב 24. השאלה הראשונה שיש לבחון בהקשר זה נוגעת לטיבו של ההליך שבו אנו עוסקים. במקרה שלפנינו, כמו גם במקרים אחרים, הבקשה לחשיפת זהותו של המפרסם האנונימי הוגשה בהליך עצמאי, שנועד להקדים הגשת תביעה בשלב מאוחר יותר. בבית המשפט המחוזי הציע השופט עמית קונסטרוקציה דיונית שנועדה להפוך את הבקשה לחשיפת זהותו של משתמש אנונימי מהליך עצמאי להליך ביניים בגדרי התביעה העיקרית בעילה של לשון הרע. לפי שיטה זו, תוגש תובענה עיקרית – אך וירטואלית לחלוטין – נגד "פלוני", ובגדריה יתבקש צו עשה לחשיפת שמו של המפרסם האנונימי, הוא "פלוני". זאת, כדי שבבוא העת יתפוס המפרסם, שיצא מאלמוניותו, את מקומו של הנתבע הפיקטיבי.

ד החקיקה בדבר סדרי הדין בישראל אינה מזכירה את האפשרות להגיש תביעה נגד נתבע "גנרי" – שאותו נכנה "רן דן" ("John Doe") – אשר מחליף את הנתבע האמיתי שזהותו עלומה. יותר מכך, לפי תקנה 9 לתקנות סדר הדין האזרחי, בתקנת משנה (3), יכלול כתב התביעה את "שמו של הנתבע וכן מספר זהותו ומקום מגוריו, במידה שניתן לבררם". ברור שהסיפא "במידה שניתן לבררם" מתייחס למספר הזהות ולמקום המגורים. לפי פשט התקנה, לא ניתן להגיש כתב תביעה נגד נתבע בלתי ידוע. נהפוך הוא: התקנה מחייבת כי הנתבע המוזכר בכתב התביעה יהא ניתן לזיהוי מלא – שאחרת אין לנו תביעה.

ה 25. בארצות-הברית אין עיגון לתביעות נגד "John Doe" ב-Federal Rules of Civil Procedure. זאת, לעומת הכרה חקיקתית בתביעות מסוג זה בחלק ניכר מהמדינות (ראו, למשל: Mont. Code §474 (1979); Cal. Civ. Proc. Code §25-5-103 (1995); Ala. R. Civ. P. 9(h); Ariz. R. Civ. P. 10(f)). עם זאת, גם במישור הפדרלי קיימת הכרה פסיקתית מסויגת בתביעות ה-"John Doe". האפשרות להגיש תביעה נגד נתבע "רן דן" ("John Doe") נועדה בעיקר

לאפשר לתובע לקיים הליך משפטי שבו הוא יפעל לאיתור שמו האמיתי של הנתבע. חשוב להדגיש כי אין מדובר בסוגיה טכנית גרידא אלא במסגרת דינית שמאפשרת לתובע למצות את זכויותיו המהותיות. לעתים תכופות, האפשרות להגיש תביעה תחת הכינוי "John Doe", או תחת כינוי פיקטיבי אחר, עשויה להגן דווקא על פרטיותו של התובע. כך היה, למשל, בתביעה המפורסמת בעניין Roe v. Wade [89]. באותו עניין, תקפה התובעת Norma McCorvey את חוקי ההפלה בארצות-הברית בעשותה שימוש בכינוי "Jane Roe" (ראו גם את אמות המידה שהותו בעניין James v. Jacobson [90]; כן ראו Joan Steinman, *Public Trial, Pseudonymous Parties: When Should Litigants Be Permitted to Keep Their Identities Confidential?* [160]. כאמור, ענייננו שלנו שונה: מדובר בהגשת תביעות נגד "John Doe" – שם קוד לנתבע הבלתי ידוע. בארצות-הברית מוכרת גם האפשרות הזו. כך, למשל, בפרשה ידועה, הוכרה הזכות של נפגע להגיש תביעה אזרחית נגד שוטרים פדרליים שפגעו בזכויותיו לפי התיקון הרביעי (ראו Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Fed. Bureau of Narcotics [91]).

26. כפי שצוין, האפשרות להגיש תביעות תוך ציון נתבע "John Doe" אינה מוזכרת ב-Federal Rules of Civil Procedure. למעשה, מסתייג, לכאורה, דבר חקיקה אחרון זה מתביעות כאלה, שהרי Rule 10(a) קובע שעל התובע לציין את "[the] name[s] of all the parties". הקושי לקיים תביעות "John Doe" נובע גם מחוסר בהירות אפשרי בכל הנוגע לסמכות השיפוט בתביעות כאלה ומקשיים בהחלת ההוראות בדבר התיישנותן של תביעות (ראו Carol M. Rice, *Meet John Doe: It is Time for Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties* [161], להלן: Rice). מטעמים אלה ואחרים, המסגרת הדיונית של תביעות "John Doe", חרף ותיקותה (ראו Kentucky Silver Min. Co. v. Day [92]), אינה יציבה והיא שנויה במחלוקת (ראו, למשל, את הגישות הסותרות לגבי האפשרות למנוע את התיישנות התביעה נגד הנתבע האמיתי על ידי הגשת תביעה במועד נגד נתבע פיקטיבי: Varlack v. Wood v. Worachek [93]; S.W.C. Caribbean, Inc. [94]). לא פעם גילו בתי המשפט רתיעה מלאפשר הגשת תביעות נגד "John Doe". כפי שכתב בית המשפט של ה-Ninth Circuit:

א “These John Doe complaints are dangerous at any time. It is inviting disaster to allow them to be filed and to allow fictitious persons to remain defendants if the complaint is still of record [...] Although the fact that the Rules of Civil Procedure [...] contain no express prohibition upon the subject, there is no authority of which we are aware for the joining of fictitious defendants in an action under a federal statute”
ב (Sigurdson v. Del Guercio [95], at p. 482).

ראו גם McMillan v. Dep't of the Interior [96], at p. 328.

ג עם זאת, וחרף כל ההסתייגויות, איפשרו בתי משפט פדרליים, במקרים מסוימים, את הפרקטיקה של תביעות ה-“John Doe” (ראו, למשל, Hannah v. Majors [97]). תיאור של הגישה הכללית בהקשר זה ניתן על ידי בית המשפט בעניין Gillespie v. Civiletti [98], at p. 642:

ד “As a general rule, the use of ‘John Doe’ to identify a defendant is not favored [...] However, situations arise, such as the present, where the identity of alleged defendants will not be known prior to the filing of a complaint. In such circumstances, the plaintiff should be given an opportunity through discovery to identify the unknown defendants, unless it is clear that discovery would not uncover the identities, or that the complaint would be dismissed on other grounds”
ה

ו ראו עוד: Johnson v. City of Erie [99]; Hastings v. Fidelity Mortg. Decisions Corp. [100]; Dean v. Barber [101] בתי המשפט מיאנו לאפשר תביעה מסוג זה עת האפשרות שהתובע יגלה את זהות הנתבע הנסתר במהלך ההתדיינות נראתה בלתי סבירה (ראו Kemper Ins. Cos., Inc. v. Fed. Express Corp. [102]), וכאשר אי ידיעת זהותו של הנתבע נבעה מהיעדר חקירה סבירה (ראו Stratton v. City of Boston [103]). נזכיר כי בארצות-הברית קיימת
ז

היסטוריה ארוכה לתביעות ה-"John Doe", ובחלק ניכר ממדינות ארצות-הברית קיים לכך גם עיגון בחוק.

א

27. ומשם – לכאן. ההכרה בנתבע "רן דן" עשויה לאפשר לתובע לנקוט הליך אזרחי שאלמלא כן לא היה ניתן לקיימו. בכך עשויה אפשרות זו לתמוך באכיפת הזכויות המהותיות, שהתובע טוען להן, ולקדם את הערכים בדבר זכות הגישה לבית המשפט וגילוי האמת. עם זאת, ההכרה באפשרות להגיש תביעה "בלתי שלמה" – תביעה ללא נתבע – כלל אינה מובנת מאליה, והתוויה פסיקתית של סדרי הדין להגשת תביעה כזו ולבירורה מעוררת קשיים ניכרים.

ב

כאמור, תקנה 9 לתקנות סדר הדין האזרחי מחייבת לכלול בכתב התביעה את שמו של הנתבע, ודרישה זו עומדת בסתירה לרעיון של נתבע וירטואלי "רן דן". אולם, הקושי אינו מסתיים בפשט התקנה. הפרטים והמידע שצריך שייכללו בכתב התביעה הם בעלי חשיבות עקרונית והם אמורים לבטא את קיומה של עילה לתובע נגד הנתבע. על ניסוחו של כתב התביעה ועל צורתו לעמוד בסטנדרטים של הגינות דיונית, של תיאור ראוי של גדר המחלוקת, של שקיפות ושל יעילות (ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות [130], בעמ' 157). זיהויו של הנתבע הוא יסוד חיוני בקיום תכליות אלה. יוטעם כי נתבע "רן דן" הוא נתבע פיקטיבי. יש לו כינוי, אך אין לו קיום ממשי כל עוד לא זוהה הנתבע האמיתי. לכן, תביעה נגד נתבע "רן דן" היא, לפחות – בתחילתה, תביעה "במעמד צד אחד". לכן, ברור שלא ניתן להכיר באפשרות להגיש תביעה כזו בלי לקבוע באותה נשימה הוראות שישמרו על זכויותיו של הנתבע בלי-שם ושיבטיחו את הגינותו הדיונית של ההליך ואת יעילותו.

ג

ד

ה

28. ניתן לחשוב על דרכים שונות להגנה (מסוימת) על זכויותיו של הנתבע בתביעת "רן דן". כך, למשל, ניתן להציע שדבר הגשת התביעה יפורסם באמצעים מתאימים (השוו לתקנה 498 לתקנות סדר הדין האזרחי, שעניינה תחליף המצאה), ושייקבע מנגנון של ייצוג הנתבע בבית המשפט על ידי בא כוח בלי שתיחשף זהותו של הנתבע האמיתי. בית המשפט המחוזי, בפסק הדין מושא הערעור, הציע "סדר דין" דומה. בית המשפט קבע כי על התובע לנקוט צעדים

ו

ז

א
ב
ג

מקדמיים עובר לחשיפת זהותו של הנתבע האנונימי: עליו להראות כי מיצה כל אפשרות לחשוף את הנתבע בלי להיזקק לצו שיפוטי; עליו ליידע את המפרסם על דבר הכוונה לחשוף את זהותו, לרבות באמצעות העלאת ידיעה באתר שבו נעשה הפרסום המשמיץ, כאשר הנתבע האלמוני יוכל לפנות לבית המשפט ולהתנגד לבקשה בלי שזהותו תיחשף. בית המשפט המחוזי אף הבהיר כי חשיפת הזהות תיעשה בשלבים, כשתחילה יימסרו הפרטים לענינו של בית המשפט בלבד; אחר כך ימציא בית המשפט העתק של התביעה ושל הבקשה לנתבע שפרטיו נמסרו על ידי ספק הגישה; הנתבע יורשה להגיש מסמך לבית המשפט ובו יביע את טעמי ההתנגדות לחשיפת הזהות; בית המשפט יורשה לעיין במסמך זה ואף לקיים דיון במעמד צד אחד בנדון. מדובר אפוא במסגרת דינית מורכבת, מפורטת ורבת שלבים, הנוצרת יש-מאין על ידי הרשות השופטת.

ד

29. התוויה פסיקתית כזו מעוררת קושי רב. מדובר, למעשה, בשינוי שיפוטי דרמטי של תקנות סדר הדין האזרחי באמצעות הוספת פרק חדש שעניינו "תביעה נגד נתבע 'רן דן'". אם נדרש עדכון כזה, הרי שיש לעשותו בדרך החקיקה (על הקושי לקיים הסדר ראוי של תביעות "John Doe" בהיעדר אמות מידה חקוקות ועל פרקטיקות בעייתיות, שעלולות להתפתח בהיעדר גבולות ברורים, ראו Rice במאמרה [161], בעמ' 917–919. ראו גם הצעתה לשינויי חקיקה מתאימים, כדי למנוע מכשלות ואי בהירויות, שם [161], בעמ' 946–958). לא בכדי הועלו בפסיקה מאוחרת תהיות לגבי דרישות שקבע בענייננו בית המשפט המחוזי, ובפרט לגבי התאמתן לחוק הקיים. כך, בבש"א (שלום י-ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב [66], התייחס בית המשפט (מפי השופט ע' שחם) לדרישה לפרסם את הבקשה לגילוי באתר שבו נעשה הפרסום הפוגע וליידע את הנתבע-האלמוני כי הוא רשאי לפנות לבית המשפט במעמד צד אחד, בלי לחשוף את זהותו, כדי להתנגד לבקשה:

א
ב
ג

"(ג) אוסיף, כי דרישה זו מעוררת לכאורה קשיים גם לגופם של חברים. על פניו, המדובר במהלך המנוגד לעקרונות החוקתי של פומביות הדיון (סעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה). מעיקרון זה ניתן לסטות רק בחוק או על פיו. גם אם ניתן לראות בעניין משום

בקשת ביניים, אשר ניתן לדון בה בדלתיים סגורות (סעיף 68ג) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד-1984), לא מצאתי אסמכתא חוקית לאפשרות כי יינתן בהליך מעמד לגורם אשר זהותו חסויה בפניי יוזם ההליך, או אף בפניי בית המשפט.

א

(ד) לכך מתווסף קושי נוסף. הדין מכיר בזכותו של מגיש בקשה בכתב להגיש תגובה לכל תגובה שהוגשה לבקשתו (ראו תקנה 241(ג'1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). מכך עולה כי אין אפשרות של הגשת התנגדות במעמד צד אחד, בלא חשיפת זהות, לבית המשפט. למבקש קיימת זכות להגיב לכל התנגדות שתוגש. זאת ועוד, אם וככל שלא יובאו לידיעת מגיש הבקשה נתונים, המצויים בתגובה שהוגשה על ידי פלוני, העשויים לזהותו, הדבר עלול לפגוע ביכולתו של מגיש הבקשה להגיב באופן אפקטיבי לתגובה שהוגשה.

ב

ג

(ה) נוכח כל האמור, לא שוכנעתי כי אכן קיימת, על פי המצב הנורמטיבי הקיים, זכות למאן שהוא לפנות לבית המשפט במעמד צד אחד, מבלי לחשוף את זהותו, כדי להתנגד לבקשה, כנטען" (שם [66], בפסקה 27).

ד

דברים אלה – דברים כדורבנות – ממחישים את הקושי "להלביש" על סדרי הדין הקיימים מסגרת דיונית-פסיקתית של תביעת "רן דן". אמת, דיני הפרוצדורה נועדו לשרת את יישומו של הדין המהותי ואת אכיפתו, ולבית המשפט נתונה מידה של גמישות בהפעלתם. אולם, אין תוצאת הדבר שבית המשפט חופשי לנסח מחדש את סדרי הדין או להוסיף עליהם אגד מגוון של הוראות חדשות. שיטת משפט אחראית מחויבת לכך שבהגיענו לנקודה מסוימת, לא יהא ניתן עוד להתקדם בלי התערבות חקיקתית. במיוחד כך הוא הדבר בהקשר הנדון, שבו ההסדר הפסיקתי החדש אמור ליצור מסגרת דיונית למתן סעד הכרוך בפגיעה ניכרת בזכויות יסוד חוקתיות.

ה

ו

30. יתרה מכך, הליכי הגילויי הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי דהיום אינם מתיישבים עם תביעה מהסוג של "רן דן". בתי המשפט בארצות-הברית

ז

א שהכירו באפשרות להגיש תביעה נגד נתבע "John Doe" ראו בכך בסיס לקיומם של הליכי גילוי לפי ההוראות הקבועות שם, שהן בעלות ניסוח רחב למדי (ראו במיוחד §26 ל-Federal Rules of Civil Procedure). ללא הוראות גילוי כאלה, אין תוחלת בהגשת תביעה נגד נתבע "רן דן". בתקנות סדר הדין האזרחי בישראל אין תשתית מתאימה לקיים הליך גילוי מהסוג המבוקש. התקנות שעוסקות בגילוי מסמכים ובעיון בהם (תקנות 112–114) חלות רק על מסמכים המצויים "ברשותו או בשליטתו" של בעל דין. הפסיקה חזרה וציינה כי אין להטיל חובת גילוי בהתייחס למסמכים המצויים בחזקתו של צד שלישי זר להתדיינות. כך לימדונו גדולי השופטים בישראל שחתרו ליישם מסגרת דינונית ברורה במשפט (ראו: רע"א 4256/98 ה.ל.ס. בע"מ נ' כור מתכת בע"מ [11]; רע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי [12]; ע"א 307/66 שניאורסון נ' בית-החולים "שערי צדק" [13]; יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי [131], בעמ' 434). ברור לכול אפוא שתקנות אלה אינן יוצרות מסגרת מתאימה לקיומם של הליכי גילוי מקדמיים של מידע המצוי בידי גורם שלישי, כמו ספק של שירותי גישה באינטרנט.

ב תקנה אחרת, שהוזכרה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, היא תקנה 178(א) שעניינה הזמנה לעדים. תקנה זו מורה כדלקמן: "נקבע תאריך לדיון בתובענה, רשאי בית המשפט, לבקשת בעל דין, להזמין עד, אם למתן עדות ואם להצגת מסמכים [...]". תקנה זו עשויה הייתה לסייע, אולם זאת – רק בגדרי מסגרת דינונית מתאימה התומכת בהפעלתה בתביעות נגד נתבע "רן דן". לא ניתן, ללא הסדר מתאים, לקיים תהליך של זימון עדים ושל שמיעתם במעמד צד אחד. כמו כן, אין זה מצב נורמלי שהעד-כביכול – בענייננו: הספק של שירותי הגישה – הוא המשמש בפועל כ"צד שכנגד" לעניין חשיפת המידע, והמקרה שלפנינו יוכיח. לא בכדי קבע בית המשפט המחוזי מתווה דינוני רב שלבי לאותו הליך של "זימון עד" בגדרי תביעת "רן דן" – כהנחיה למקרים עתידיים. אולם, כאמור, אין למתווה זה עיגון בדין והוא בבחינת יצירה שיפוטית יש-מאין החורגת בהיקפה מן ההקשר הספציפי של חשיפת זהותם של גולשים אנונימיים באינטרנט.

ג דוקו: גם שעה שנדרשים בתי המשפט לעילה שעניינה במרחב הווירטואלי – כגון: עילה שבסיודה עומד פרסום לשון הרע באינטרנט – אין בתי המשפט

פועלים, ללא הסמכה בדין, במסגרת דיונית וירטואלית שבה ה"נתבע" הוא פיקטיבי, ה"עדים" אינם עדים וה"צדדים" אינם עומדים זה מול זה.

א

31. יש לציין כי בתיקים רבים, שבהם נדונה עד כה השאלה בדבר חשיפת זהותו של גולש אנונימי באינטרנט, לא נעשה הדבר בגדרי תביעה עיקרית נגד נתבע אנונימי (תביעת "רן דן"), אלא בהליך נפרד שאמור להקדים את התביעה העיקרית שתוגש נגד הנתבע לאחר זיהויו. בפסק הדין מושא הערעור שלפנינו קבע השופט עמית כי הגשת תביעה נגד "פלוגי" היא הדרך הראויה. אולם, בפועל, גם במקרה זה נפתח ההליך, ונמשך, כהליך עצמאי בין מבקש החשיפה לבין ספק השירות המחזיק במידע לגבי כתובת ה-IP (יצוין כי בפסקי דין אחדים שניתנו לאחר החלטתו של השופט עמית ננקטה הדרך של הגשת תביעה נגד נתבע "פלוגי". ראו: בש"א (שלום ת"א) 178523/08 פריד נ' אלמוני [67]; בש"א (שלום ראשל"צ) 3189/09 בלושטיין נ' פלוגי [68]).

ב

ג

32. בבתי המשפט הוצעו מקורות נורמטיביים שונים למתן הסעד המבוקש בגדרי הליך עצמאי לחשיפת זהותו של מעוול פוטנציאלי. בעיקר ביקשו בתי המשפט לבסס את סמכותם ליתן צו לחשיפת זהותו של גולש אנונימי על הוראת סעיף 75 לחוק בתי המשפט. סעיף זה קובע סמכות כללית לתת סעד, וזו לשונו:

ד

"סמכות כללית לתת סעד	75. כל בית משפט הדין בענין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו".
----------------------	--

ה

ראו: בש"א (שלום י"ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב [66]; ת"א (שלום ת"א) 176992/09 אברמוב נ' ניוויז'ן הדרכות בע"מ [69]. ראו גם בש"א (מחוזי ת"א) The Football Association Premier League Ltd. 11646/08 פלוגי נ' [54].

ו

אכן, סעיף 75 לחוק בתי המשפט מקנה לבית המשפט סמכות רחבה ליתן סעד בהליך אזרחי, לאחר שהוכיח מבקש הסעד כי הנתבע הפר זכות הקנויה לו בדין (ראו רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון [14], בעמ' 268). דא עקא, חוששני שגם

ז

סעיף זה מתקשה לשמש כעוגן לסמכות הדרושה לענייננו. סעיף 75 עוסק בסמכותו של "בית משפט הדן בענין אזרחי" ליתן סעדים הדרושים באותו הליך. א סעיף זה אינו מקנה סמכות ליתן סעד מחוץ לגדרי הליך אזרחי, כפי שמתבקש בענייננו. הסעיף בא להבטיח את העיקרון שלפיו "מקום שבו יש זכות – יש גם סעד", אך אין מדובר בזכות "באוויר" אלא בזכות שהופרה על ידי מי שהסעד מבוקש נגדו. אם הפר פלוני את זכותו של אלמוני, רשאי אלמוני לדרוש סעד נגד פלוני מכוח סעיף 75 לחוק בתי המשפט. אולם, אם הפר פלוני את זכותו של אלמוני, אין סעיף 75 – מכוחו שלו – מאפשר לאלמוני לדרוש סעד נגד צד שלישי שאינו פלוני ואף אינו קשור בהכרח לפלוני. לשם כך דרוש מקור סמכות נפרד. לשון אחרת: אין אדם מרים את עצמו בשרוכי נעליו, ובענייננו – אין בכוחו של אדם ליצור לעצמו "[...] ענין אזרחי" נגד צד שלישי באמצעות סעיף שנועד לגוון את האפשרויות למתן סעד נגד מי שקיימת נגדו עילה אזרחית. ג

דברים אלה יפים גם לעניין הוראות סעיפים 71–75 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שהוזכרו אף הם כמקורות אפשריים לסמכות. סעיפים אלה עוסקים בסמכותו של בית המשפט ליתן תרופות בגין עוולות נזיקיות וכן ליתן צווים לעשות או להימנע מעשייה, אולם כל אלה אינם רלוונטיים לענייננו. הצו המבוקש נגד המבקשת, ספקית הגישה לאינטרנט, אינו בגין עוולה שביצעה או שנטען שביצעה. אין כל הליך נזיקי נגד המבקשת. כפי שאין כל עילה לתבוע ממנה סעד של פיצויים, כך אין לעתור כלפיה, מכוח הסעיפים הנזכרים, לצו בעניין חשיפת זהותו של המשתמש. ה

33. בהקשר זה יש לעמוד על ההבדל בין הסוגיה שלפנינו לבין האפשרות ליתן צו המתייחס לצדדים שלישיים בהקשר הבנקאי. באחת הפרשות (ע"א 174/88 גוזלן נ' קומפני פריויאן דה פרטיסיפסיון [15]), ביקשה התובעת צו המורה לבדוק ולהעתיק רישומים בנקאיים בחשבונות של צדדים שלישיים אשר שימשו, לגרסתה, כ"אנשי קש" להזרמת כספים בעבור הנתבע. בית המשפט נעתר לבקשה בהסתמך על סעיף 39 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), אשר מתיר לבית המשפט לצוות על בדיקה ועל העתקה של רישום בספר בנקאי. בית המשפט פירש את הסעיף, לאור לשונו ותכליתו, כך שאין הוא מוגבל לבעלי הדין לבדם. תכלית הסעיף, כך נפסק, היא לאפשר לנהל ת

הליך שיפוטי בלי להטריח את פקיד הבנק לבוא ולהעיד מכלי ראשון על פעולה בנקאית שנרשמה בחשבון פלוני. בית המשפט הטעים כי השימוש בסמכות הקבועה בסעיף צריך שיעשה בנסיבות נדירות ביותר, שכן – בלשונו של שופט אנגלי – "יהא זה מפלצתי" להניח, שבגדר הליך שבין ראובן לבין שמעון תינתן לבעלי הדין גישה חופשית לעיין בחשבונותיהם הבנקאיים של צדדים שלישיים" (שם [15], בעמ' 565). יש לציין כי, בנסיבות אותו מקרה, הייתה הטענה לקוננייה בין בעל הדין הנתבע לבין בעלי החשבון. בפרשה אחרת (רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי [16]) שוב נדון סעיף 39 לפקודת הראיות. בית המשפט העליון ניתח את השיקולים המתחרים בקשר לבקשת הרשות לעיין בספר בנקאי. הוא עמד על הצורך בחינוכותו של המידע להכרעה במחלוקת, בקיומה של תשתית ראייתית מספקת, בהיעדר אפשרות להישען על ראיות חלופיות שאין בהן פגיעה בפרטיות ובתחמת שיעורו של הגילוי למתחייב כדי להשיג צדק בהליך השיפוטי. אוראז נדרש בית המשפט לסוגיה בדבר גילוי חשבונותיו של אדם זר להתדיינות, וכך כתב:

"כל זאת אמרנו לעניין גילוי חשבונותיו של מי שהוא צד להתדיינות, כשהאחרון מתנגד לכך [...] ואילו לעניין חשבונותיו של זר להתדיינות, את אלה ניתן לגלות "בנסיבות נדירות ביותר" (כאמור בהלכת גוזלן [...], בעמ' 565), שהייתי מצמצמן בעיקר לנסיבות בהן נטען – והובאה ראיה לכאורית לטענה זו – כי החשבון הבנקאי הוא למעשה חשבונו של בעל הדין, אף שאינו רשום על שמו, או כי בעל הדין העביר כספים לחשבונו של אותו צד שלישי שלא בתום-לב ובמטרה להסתיר עובדה זו, תוך שיתוף פעולה עם בעל החשבון. כל זאת לאחר שניתנה לצד השלישי, העלול להיפגע, הזדמנות להשמיע טענותיו והסתייגותיו לגילוי" (שם [16], בעמ' 774).

מן האמור עולות שלוש מסקנות: ראשית, כי צו לגילוי ענייניו הבנקאיים של צד שאינו בעל דין יינתן רק על פי מקור מפורש בחוק (כגון: סעיף 39 לפקודת הראיות); שנית, כי צו כזה יינתן בהליך אזרחי קיים; שלישית, כי צו כזה מוגבל למקרים שבהם החשבון של הצד השלישי אינו זר לגמרי להליך – אדרבא, מדובר בחשבון המשמש את בעל הדין. בענייננו, אין מתקיים אף לא אחד מן התנאים הללו: אין בנמצא מקור חוקי מפורש למתן צו נגד צד זר להתדיינות

א (ספק הגישה) לחשוף את לקוחותיו; אין מתקיים הליך שבו מתבקש הצו (בהיעדר בסיס חוקי ליצירת הליך נגד "פלוגי" בלתי ידוע); אין טענה כי המבקשת שיתפה פעולה עם האלמוני בהוצאת הדיבה.

ב 34. קרובה יותר לענייננו היא, לפיכך, פרשה אחרת שבה ביקשו לקוחות- לשעבר של בנק לקבל לידיהם מסמכים הקשורים לחשבונותיהם. זאת – כדי לשקול הגשת תובענה לביטול הסכם שנכרת קודם לכן, ובו הם אישרו כי בעקבות הסדרים מסוימים תמו טענותיהם ותביעותיהם נגד הבנק. בקשה זו נדחתה. בית המשפט העליון (מפי השופט ש' לוי) הבהיר כי "כל עוד ההסכם בתקפו עומד, תמו יחסי הבנק והלקוח ולפיכך פסקה חובתו של הבנק לספק את החשבונות". בית המשפט הוסיף כי דין המבקשים "אינו שונה מדין מבקש פלוגי המבקש לקבל גילוי מסמכים מיריב פרוספקטיבי על מנת לשקול אם המידע שיקבל מצדיק הגשת תביעה שכנגדו". בית המשפט קבע כי אין קיימת דרך דיונית להורות על גילוי כזה והוסיף כי, אם יגישו המבקשים תובענה נגד הבנק, הם יהיו רשאים לבקש בגדרה צו לגילוי מסמכים (ע"א 358/88 בלט נ' בנק דיסקונט בע"מ [17]).

ג 35. לא נעלמה מעיני ההלכה האנגלית המכירה באפשרותו של בית המשפט להורות על חשיפת זהותו של מעוול בהליך מקדמי-עצמאי. בפסק הדין *Norwich Pharmacal Co. v. Customs & Excise Comm'rs* [113], (להלן: עניין *Norwich Pharmacal*) פסק בית הלורדים כי אדם שנחשף למעשה עוולה של אחר, באופן שהוא היה יותר מאשר עד ראייה גרידא ("mere witness"), עשוי להיות מחויב לגלות את זהותו של המעוול האמיתי, כדי שהנפגע יוכל לנקוט הליכים נגד הנתבע המתאים. הלכה זו יושמה במדינות שונות של המשפט המקובל (ראו, למשל: *Glaxo Wellcome PLC v. Minister of Nat'l Revenue* [126] – קנדה; *Kirella Pty. Ltd. v. Hooper* [82]; *Faisandier* [123] – ניו-זילנד; *Megaleasing U.K. Ltd. v. Barrett* [83]; *Norwich Pharmacal* [113] בתי המשפט באנגליה הכירו באפשרות ליתן צו מסוג *Norwich Totalise plc v. Pharmacal* [113] בהקשר של חשיפת זהותם של גולשים (ראו *Totalise plc v. Motley Fool Ltd.* [114]).

ככלל, צו לפי הלכת [113] *Norwich Pharmacal* יינתן בהתקיים ארבעה תנאים מצטברים: הראשון, שקיים מעוול אשר, לפי הנטען, ביצע עוולה (אזרחית או פלילית); השני, שמבקש הצו מתכוון לעמוד על זכויותיו המשפטיות, בדרך כלל באמצעות הגשת תביעה נגד אותו מעוול; השלישי, שהצו נדרש כדי לאפשר את הגשת התביעה, בדרך כלל לצורך זיהויו של המעוול. בהקשר זה חשוב לוודא כי אין מקור מידע מעשי אחר שבסיועו יהא בידי התובע לפעול למיזוי זכויותיו. והאחרון, שהמשיב בבקשה הוא אדם שהיה מעורב במעשה העוולה או הקל על ביצועו (אפילו ללא אשם מצידו), או שיש לו מערכת יחסים כלשהי עם המעוול-הנחבא, ושיש ביכולתו של המשיב לספק את המידע הדרוש כדי לאפשר את זיהויו של המעוול (ראו *PAUL MATTHEWS & HODGE M. MALEK*, *Mitsui & Co. Ltd. v. Nexen* גם *DISCLOSURE* [156], at p. 59; ראו גם *Petroleum U.K. Ltd.* [115]).

36. האם יש מקום לאמץ במשפט הישראלי גרסה מקומית של הלכת [113] *Norwich Pharmacal*? נראה כי שאלה זו אינה שונה באופן מהותי מן השאלה שעניינה האפשרות להגיש תביעה נגד נתבע "רן דן". לענייננו, אלה השתיים הן בבחינת "אותה גברת בשינוי אדרת". פירוש הדבר הוא שההסתייגויות שהצבענו עליהן לעיל יפות, באופן עקרוני, גם לשאלת אימוצו הפסיקתי של כלל בנוסח [113] *Norwich Pharmacal*. אימוץ כלל כזה יש בו יתרון מבחינה זו שנפתח לבית המשפט פתח, לפי שיקול דעתו, למנוע מצבים שבהם לא יהיה בידי תובע, המחזיק בעילה טובה, למצות את זכויותיו בשל מחסום מקדמי בדמות אלמוניותו של המעוול. אולם, נוסף לעובדה שהלכת [113] *Norwich Pharmacal* לא אוזכרה על ידי מי מהצדדים ולא שמענו לגביה טיעון וחצי טיעון, יש לציין – בבחינת למעלה מן הנדרש – כי לכלל כזה אין כל עיגון בחקיקה הישראלית והוא אינו משתלב במסגרת דיונית כלשהי המוכרת כאן. נהפוך הוא: הוא סותר ברוחו ובתכליתו את המסגרת הדיונית שהעמידו המחוקק ומחוקק המשנה לפני בתי המשפט האזרחיים. שינוי כמוצע צריך שיבוא מצד המחוקק ומצד מחוקק המשנה.

מכאן ולהבא

א 37. הסעד שמתבקש בענייננו הוא חריג. מדובר בניסיון לרתום, עוד בטרם משפט, את מערכת המשפט ואת הצד השלישי לצורך קיום חקירה שתביא לחשיפת זהותו של מעוול כדי שניתן יהיה להגיש נגדו תביעה אזרחית. מדובר, למעשה, בהליך מעין-חקירתי שבית המשפט מגויס לו בהליך מקדמי במתכונת כזו או אחרת. הליך זה אינו טריוויאלי. הוא מערב שיקולי מדיניות מורכבים והוא מצריך הסדרה חקיקתית.

ב יובהר כי אין בדברינו אלה כדי לסגור את השער בפני המבקשים לחשוף את זהותם של מעוולים ברשת האינטרנט. ראשית, כאשר מתבצעת באינטרנט עוולה שהיא גם עבירה, קיימת אפשרות לנפגע להגיש תלונה, וחזקה על רשויות האכיפה שתפעלנה את סמכויות החקירה והבדיקה המסורות להן מכוח הדין; הן – ולא בית המשפט. שנית, יש להניח ולקוות כי, בסופו של דבר, תתקבל חקיקה שתסדיר באופן בהיר ומפורט את הנושא הנדון, שתיצור את המסגרת הדינית הראויה ושתתווה את האיזון בין השיקולים שלעניין.

ד ולבסוף, אבקש להזכיר את סעיף 16 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע:

ה "סודיות 16. לא יגלה אדם מידע שהגיע אליו בתוקף תפקידו כעובד, כמנהל או כמחזיק של מאגר מידע, אלא לצורך ביצוע עבודתו או לביצוע חוק זה או על פי צו בית משפט בקשר להליך משפטי; אם הוגשה הבקשה לפני תחילת ההליך תידון הבקשה בבית משפט השלום. המפר הוראות סעיף זה, דינו – מאסר 5 שנים".

ו סעיף זה לא נזכר ולא נדון על ידי הצדדים, וממילא לא התבררו שאלות, כמו אם ניתן ליישם את הסעיף בהקשר של ספק שירותי גישה לאינטרנט. נותר אפוא שאלה זו בצריך עיון.

ז

סיכום והערה על תחולתו של פסק דין מכאן ולהבא

א 38. התוצאה היא שאין לשנות מן התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, הגם שלא מנימוקיו.

ב בשולי הדברים, ראוי להוסיף הערה באשר לקביעתו של בית המשפט המחוזי, כי, במישור העקרוני, הצדק הוא עם המבקש אך אין להחיל את הפסיקה בעניינו. בית המשפט נימק תוצאה יוצאת דופן זו בכך שאמות המידה שהתווה סוטות מן המבחן המצמצם שקבע בית משפט השלום בעניין פלונית (בש"א (שלום י-ם) 4995/05 [60]), ובכך שמדובר ב"שינוי באקלים המשפטי ששרר עד כה בכל הנוגע לפרסומים משמיצים באינטרנט". בית המשפט הטעים: "לטעמי, לא יהא זה הוגן, שאותו גולש אנונימי, גם אם חטא לכאורה בעוולה של לשון הרע, ישא על גבו את תוצאות המאבק העקרוני שמנהל המבקש". לפיכך, פסק בית המשפט כי הקווים המנחים ששרטט יחולו מכאן ולהבא "בבחינת 'אין חושפים אלא אם מזהירים תחילה'" (סעיף 50 לפסק הדין).

ד תוצאה זו מוקשית, לדידי. אילו סברתי כי, במישור המשפטי, קמה למערער זכות לקבלת הסעד של חשיפת זהותו של המפרסם האנונימי, אזי – ללא ספק – הייתי קובע כי יש להוציא אל הפועל קביעה זו בעניינו. כפי שפסק בית משפט זה (ראו בעיקר רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל [18]), להלן: עניין סולל בונה), גם מקום שבו נקבעת הלכה שיפוטית חדשה (ואף תוך כדי סטייה מהלכה קודמת), נקודת המוצא העקרונית היא שהתחולה של ההלכה החדשה היא הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית. עם זאת, בית המשפט העליון רשאי ליתן לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בשל הצורך להגן על אינטרס ההסתמכות. בפרשת סולל בונה [18], בעמ' 150–151, הובהר כי, במקרים רבים, לא יהא בשיקול ההסתמכות כדי להוביל למתן תוקף פרוספקטיבי בלבד להלכה:

"דוגמאות למצב דברים זה ניתן למצוא במצבים הבאים: ההלכה הקודמת לא הייתה של בית המשפט העליון; ההלכה הקודמת לא הייתה ברורה, וניתנו לה פירושים שונים; ההלכה הקודמת לוותה

א בהתנגדות ובהצעות לשינויים; במספר אמרות אגב הסתייגו שופטים מההלכה הקודמת; ההלכה הקודמת לא הייתה כלל ידועה לצדדים; הצדדים הסתמכו על הדין הישן תוך שכל אחד נוטל הסיכונים הכרוכים בשינויו [...] במצבים אלה וברבים אחרים, כל המסתמך על ההלכה הקודמת נוטל על עצמו סיכון, ועל כן ניתן לתת להלכה החדשה תוקף רטרופקטיבי".

ב לאור הדברים האלה, לא היה מקום ליתן במקרה זה תוקף פרוספקטיבי בלבד לפסיקתו של בית המשפט המחוזי, בנימוק של קיום פסק דין קודם של בית משפט שלום שהציע מבחן מצמצם יותר, או בנימוק של "שינוי באקלים המשפטי". בסוגיה הנדונה לא הייתה הלכה של בית המשפט העליון. מדובר בשאלה משפטית בהתהוות, ואין סיבה מבוררת להניח שנוצר אינטרס הסתמכות איתן המבוסס על הלכה קודמת. מכל מקום וביתר שאת, לא היה מקום לקבוע במקרה זה תחולה פרוספקטיבית "טהורה", כלומר: שאינה חלה גם על בעל הדין שיזם ושניהל את ההליך שבו ניתנה הפסיקה (ראו גם ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי [19]).

ד סוף דבר: דין הערעור, לדעתי, להידחות. לאור השאלה המשפטית שהתעוררה ולאור מכלול הנסיבות, הייתי מציע כי כל צד בהליך זה יישא בהוצאותיו.

ה אחר הדברים האלה

חברי השופט א' רובינשטיין חולק על דעתי. בחוות דעתו המלומדה הוא מציע ליתן, בידי בית המשפט המברר, את שיקול הדעת המוחלט כמעט ואת הסמכות להחליט אם להורות על חשיפתם של מחווי דעה אנונימיים. חברי מציע ליתן לבתי המשפט "מרחב תמרון דיוני" ו"שיקול דעת". אשר לעילה שהוא מציע "ליצור" להליך הדיוני שהוא מבקש לברוא, הוא מכיר בכך שזו "יצירה שיפוטית" ו"חקיקה שיפוטית". הוא נסמך על טובים וגדולים שראו בשיקול הדעת הרחב של השופט ו"בחקיקה השיפוטית" משום מפעל חיים. כשלעצמי, אני חש כי גם הפעם הזו, עלול בית המשפט לעבור את המידה הראויה, להסיג גבולם של אחרים, להכיר ביצירת "משפט מקובל" בפסקי דין שאינם תקדים.

והכול – ללא אחיזה בחוק ובחקיקת המשנה, חקיקה שהמחוקק עצמו ער לה, עוסק בה ומתחבט בה.

א

אפשר שהבדלי הגישות שבין חברי לביני נעוצים בהבדלי ההשקפה לגבי ייחודיות המדיה ולגבי הפן החוקתי של הזכות לאנונימיות. חברי סבור כי על ברירת המחל, כלשונו, להיות – בהתקיים עילת תביעה ראויה – הכרה בזכות לחשוף את זהות מחווי הדעה. הוא מבהיר כי הוא נוקט את הקו המחמיר ביותר עם מחווי הדעה מבין שלוש האפשרויות שהוצגו בערכאות הדיוניות. בחירה זו מתיישבת עם שיטתו כי האנונימיות אינה זכות, כי אין לה נפקות חוקתית עצמאית וכי אין היא אלא עובדה. ואילו תפישתי שלי היא כי האנונימיות מבטאת זכויות יסוד חשובות – זכות לחופש ביטוי וזכות לפרטיות – ויש לה מעמד חוקתי. מכאן ברירת המחל ההפוכה שהתוויתי בחוות דעתי, לאמור: בהיעדר הסדר חקיקתי המאפשר פגיעה בזכות זו – ברירת המחל היא שאין אפשרות ליתן סעד של חשיפה ואין אפשרות "ליצור" סעד כזה בשיטת "המשפט המקובל" נוסח הערכאות הדיוניות.

ב

ג

הבדלי השקפה אלה עומדים גם ביסוד עמדתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, שעל פיה ההגנה על חופש הביטוי תיושם במהלך בירור התביעה עצמה – לאמור: לאחר חשיפת זהותו של מחווה הדעה. חוששני כי אין בכך די, שהרי בשלב הראשון נערך הדיון שלא בפניו של המתבטא ואם לשלב המאוחר יותר של ההליך תידחק ההגנה על חופש הביטוי – עלולה לבוא לקיצה תקופת תור הזהב של האינטרנט כמדיום תקשורתי המוני, נגיש לכול – גם לחסר האמצעים – כמדיום חופשי שהאנונימיות היא חלק בלתי נפרד ממנו.

ד

ה

אשר על כן, כאמור, לו תישמע דעתי, יידחה הערעור ללא צו להוצאות – והכול מהנימוקים שפורטו בחוות דעתי.

ו

השופט א' רובינשטיין:

א. לאחר העיון בחוות דעתו המקיפה של חברי המשנה לנשיאה, שבה נמצא תיאור מפורט של הרקע הנחוץ שעליו לא אחזור, חוששני כי אין בידי להצטרף לעמדתו. חוות דעתו של המשנה לנשיאה כוללת שני חלקים עיקריים

ז

א העומדים כל אחד לעצמו. חלקה הראשון (פסקאות 11–22) כולל גם דברים אשר, על פי מסקנתו המשפטית של חברי, נכתבו במידה מסוימת מעבר לצורך. חברי נדרש בו לשאלת האיזון בין חופש הביטוי (והזכות לאנונימיות) לבין זכותם של תובעים לעמוד על זכויותיהם המשפטיות בנושא שבו עסקינן. בחלקה העיקרי השני של חוות הדעת (פסקאות 23–36) עומד חברי על הטעמים להיעדרה של "מסגרת דיונית למתן הסעד המבוקש" (ככותרתה של פסקה 23). על כן, נותר, לשיטתו, ריק משפטי שאינו מאפשר קבלת סעד בגין הזכויות שנפגעו. לשיטתי, ניתן לאתר את המסגרת המשפטית ולאפשר סעד.

ב. חברי מתייחס לכך שבבתי המשפט "הוצעו מקורות נורמטיביים שונים למתן הסעד המבוקש בגדרי הליך עצמאי לחשיפת זהותו של מעוול פוטנציאלי" (פסקה 32). "בעיקר ביקשו בתי המשפט", כך הוא ממשיך, "לבסס את סמכותם ליתן צו לחשיפת זהותו של גולש אנונימי על הוראת סעיף 75 לחוק בתי המשפט". סעיף זה קובע:

ט "סמכות כל בית משפט הדין בענין אזרחי מוסמך לתת כללית פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו לתת סעד ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו".

ה ולשיטת חברי, הסעיף:

ז "עוסק בסמכותו של 'בית משפט הדין בענין אזרחי' ליתן סעדים הדרושים באותו הליך. סעיף זה אינו מקנה סמכות ליתן סעד מחוץ לגדרי הליך אזרחי, כפי שמתבקש בענייננו [...] אין בכוחו של אדם ליצור לעצמו [...] ענין אזרחי' נגד צד שלישי באמצעות סעיף שנועד לגוון את האפשרויות למתן סעד נגד מי שקיימת נגדו עילה אזרחית" (פסקה 32; ההדגשה במקור – א' ר').

ט מדברים אלה, המקובלים גם עליי, עולה כי הבעיה אינה בהיעדר "מסגרת דיונית למתן הסעד המבוקש" – אלא בהיעדר עילה בדין המהותי לחיוב ספקית לחשוף את זהותו של גולש מעוול, כפי שביקש המערער (אשר לניהול הליך נגד

הגולש האנונימי כנתבע מסוג John Doe, שם סתמי שחברי כינהו "רן דן", כאן אכן מדובר בהיעדר הליך). כיוון שאין עילה נגד אותו "צד שלישי" (לענייננו: ספקית האינטרנט), לא ניתן לנהל הליך נגדו. אף לשיטת חברי, אילו הייתה עילה (או זכות) בדין המהותי, היו נמצאים ההליך הדיוני המתאים והסעד המתאים, שכן בהינתן עילה – תינתן תרופה (*ubi jus ibi remedium*).

א

ג. ברם, המסקנה המשתמעת, שלפיה אין בדין עילה לחייב ספקית אינטרנט לחשוף את זהותם של גולשים שביצעו עוולה, אינה פשוטה בעיני בכמה מישורים. אכן, ניתן לומר כי אין עילה כאמור בחוק החרות (לרבות בסעיף 75 לחוק בתי המשפט, שאינו עוסק בעילות אלא בסעדים – אם כי הרשימה אינה "רשימה סגורה"; ראו שלמה לויך תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד [132], בעמ' 94). ברם, למעלה מ-20 פסקי דין שניתנו בחמש השנים האחרונות בערכאות הדיוניות מניחים – אולי מדויק יותר לומר: יוצרים – עילת תביעה כאמור או מכירים בקיומה (לדיון העיוני במונח המתאים ראו: אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" [144], בעמ' 35-37, להלן: ברק, "חקיקה שיפוטית"; רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל [18]). בין שנוקבע בהם כי התמלאו התנאים לחשיפתם של פרטי הגולשים (בעשרה מתוך המקרים המובאים מטה), ובין שלא (בשמונה מהם) – לא עלה בידינו למצוא בית משפט שדחה את התביעה בהיעדר עילה. לשון אחר: כל המותבים הנזכרים מטה סברו כי לתובעים עומדת עילת תביעה טובה לחייב ספקיות אינטרנט ומפעילי אתרים לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים. על כגון דא אולי ניתן לקרוא בהשאלה את דברי חכמים: "פוק חזי מאי עמא דבר [צא וראה מה נהג העם – א' ר"]" (תלמוד בבלי, ברכות מה, ע"א א).

ב

ג

ד

ה

ד. כך בבתי המשפט המחוזיים (ראו: בר"ע (מחוזי נצ') 213/09 מושקוביץ נ' וואלה! תקשורת בע"מ [55], להלן: עניין מושקוביץ; ה"פ (מחוזי ת"א) 250/08 חברת ברוקרסטוב בע"מ נ' חברת גוגל ישראל בע"מ [56], להלן: עניין ברוקרסטוב; ה"פ (מחוזי ת"א) 1244/07 מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ [53]; ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) [52], השוו גם בש"א (מחוזי ת"א) 11646/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני [54]).

ו

- ה. כך בבתי משפט השלום (ראו, בין היתר: בש"א (שלום ת"א) 151638/07 לוי נ' בזק בינלאומי בע"מ [70]; בש"א (שלום ת"א) 178523/08 פריד נ' אלמוני [67]; בש"א (שלום ת"א) 178590/07 מנסור נ' חלבי [71]; בש"א (שלום חי') 5478/06 קי.א.ס.פי מחשבים בע"מ נ' ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ [72]; בש"א (שלום ת"א) 173154/07 פרטיקו נ' שידורי קשת בע"מ [73]; בש"א (שלום י"ם) 4995/05 פלונית נ' בזק בינלאומי בע"מ [60], להלן: עניין פלונית; בש"א (שלום ת"א) 152863/08 פלח נ' דוקטורס – אתר אינטרנט [74]; ת"א (שלום ראשל"צ) 4470/07 ברלומנפלד נ' Google Inc. [75]; ת"א (שלום ת"א) 22992-09-09 מכון התקנים הישראלי נ' אלמוני [76]; ת"א (שלום ת"א) 176992/09 אברמוב נ' ניוויז'ן הדרכות בע"מ [69]; בש"א (שלום ת"א) 160133/08 הרודס בניה ופיתוח (1990) בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ [77]; בש"א (שלום ת"א) 180513/08 ערב ערב באילת נ' פלוני/ת [78]; בש"א (שלום ראשל"צ) 3189/09 בלושטיין נ' פלונית [68]. קיימות החלטות נוספות המניחות סמכות כאמור (בין היתר, ת"א (שלום ת"א) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ [64], בפסקה 135; בש"א (שלום י"ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב [66]; בש"א (שלום ת"א) 165986/07 וואלה! תקשורת בע"מ נ' קולקר [79]).
- ו. השאלה היא אפוא אם ראוי שנאמר כי כל פסקי הדין הנזכרים ניתנו בטעות ובלא עילה בדין, או שמא לקבוע כי בתי המשפט הכירו בקיומה של עילת תביעה כאמור – וכערכאה שתקדימיה מחייבים, עלינו לבחון את ההצדקה לה ולהגדיר באופן מדויק את גדריה המהותיים והדייוניים. בהקשר זה כבר נשפכו דיואות לא-מעטים באשר לתפקידה של הפסיקה בגישור על הפער שבין המשפט לבין המציאות החברתית והטכנולוגית המשתנה ולכוחם של בתי המשפט ליצור על כורחם כמעט – בשל הצרכים הרוחקים במציאות – זכויות מהותיות שבעקבותיהן באות גם עילות תביעה (ראו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [133], בעמ' 230–237; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית [134], בעמ' 612; אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" [145], בעמ' 270–272, ובעיקר 280–282; ברק, "חקיקה שיפוטית" [144], בפרט בעמ' 33–34).

א "לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקה שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מופרות בדין" (בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הבטחון [20], בעמ' 1027, השופט ויתקון. ראו גם ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בעמ' [21], בעמ' 511).

ב ז. זכויות מהותית לא-מעטות, ובעקבותיהן עילות תביעה מוכרות, יסודן בפסיקה. די להזכיר מוסדות ותיקים, דוגמת הלכת השיתוף "שהוא דוגמה מובהקת של חקיקה שיפוטית, שלידתה על אובני בית-משפט זה" (ע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן [22], בעמ' 368, השופט, כתוארו אז, מ' אלון), הקניין שביושר בדיני המקרקעין (ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב [23]) ועילת הנטישה בדיני הגנת הדייר "שהיא כידוע יציר הפסיקה" (ע"א 805/75 בן שלמה נ' קובדלו [24], בעמ' 248, הנשיא אגרנט). לכך מצטרפות גם זכויות אדם ואזרח מסוגים שונים, שהוכרו בפסיקה בטרם חוקי היסוד העוסקים בזכויות ושרשמו דפים חשובים בתולדות המשפט הישראלי.

ד ח. אם נקרב מבטנו לנידון דידן, הנה ליצירה שיפוטית זו, ולדבריו הנזכרים של השופט ויתקון, נודע בהיסטוריה של המשפט הישראלי תפקיד חשוב בכל הנוגע לדיני הראיות, הסודיות והחיסיון (ראו: רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עיר-כרם נ' גלעד [25], בעמ' 524–525; ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב [26], בעמ' 354, להלן: עניין ציטרין; רע"א 1917/92 סקולר נ' גרבי [16], להלן: עניין סקולר) – שענייננו קרוב אליהם, מבחינות מסוימות. לשון אחר: העובדה, שאין בחוק החרות עילת תביעה המאפשרת לחייב ספקית למסור את זהות בעליהן של כתובות IP, אינה – כשלעצמה – מחייבת את הקביעה כי אין במשפט הישראלי עילה כאמור. "עם ריבוי החקיקה – וזו מתרבה בכל מדינות המשפט המקובל – הולך חלקו של המשפט המקובל ה'קלאסי' ופוחת ותפקידו מצטמצם לאותם תחומים שהחקיקה טרם כיסתה אותם" (ברק, שופט בחברה דמוקרטית [133], בעמ' 231).

ט. לצערנו, טרם הוסדרו בחקיקה סוגיות רבות מתחום האינטרנט, ובכללן מערכת היחסים שבין לקוחות לבין ספקיות או שבין גולשים לבין מפעילי

אתרים. אין חולק שקיים צורך מובהק לעשות כן, וכך גם דעת חברי המשנה לנשיאה. ברם, כל עוד לא נעשה כן (ראו פסקה 20 לחוות דעתו של חברי), דומה כי, לעת הזאת, התפתח בעניין "משפט מקובל תוצרת ישראל". הדברים אינם נובעים מרצון שיפוטי עז לעצב עילות וזכויות אלא מן הצורך ומכך שהמחוקק, מטבע הדברים, מתנהל לא אחת לאיטו, אף יותר מבתי המשפט (שעליהם להכריע בתיקים המובאים לפניו בזמן אמת או בקירבה לו). הוא גם עמוס אילוצים שונים המקשים להדביק את קצב השינויים בתחומי הטכנולוגיה במובנם הרחב. "משפט מקובל" זה בא אפוא לענות על צורך אך אין הורתו בחלל ריק – כפי שיפורט להלן.

י. עניין נוסף המקשה, לדידי, לקבל את הקביעה הגורפת, שלפיה אין בדין הישראלי עילה לחייב ספקית למסור את זהותם של גולשים מעוולים, קשור לחובה למסור עדות (ראו יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון [135], בעמ' 381) ולזכותו של בעל דין לזמן עדים להוכחת תביעתו:

"החובה להעיד היא אחת מאבני היסוד של ההליך המשפטי. [...] האינטרס של בעלי הדין הרוצים בגילוי האמת הוא, בדרך כלל, בכך שכל אדם, הכשר להעיד והיכול להביא לפני בית המשפט עדות השייכת לעניין, אכן יחויב לעשות כן. יתרה מזאת, הזכות להשמעת עדותו של אדם כאמור היא לא רק זו של בעל הדין אלא גם זו של הציבור [...] יש לראות במסירתה של העדות אינטרס ציבורי כולל, החורג מן האינטרס הצר יותר של בעלי הדין" (עניין ציטרין [26], בעמ' 358, הנשיא שמגר, ההדגשות הוספו – א' ר').

ראו גם: ע"א 1211/96 מפרק אדאקום טכנולוגיות בע"מ (בכינוס נכסים ובפירוק) נ' נשיונל קונסולטנטס (נטקונסלט) בע"מ [27], בעמ' 499; ע"פ 4491/07 בן דוד נ' מדינת ישראל [28].

בנידון דידן, אילו היה המערער יודע (או סבור שהוא יודע) את זהותם של מפרסמי ההודעות והיה מגיש נגדם תביעה רגילה לפי חוק לשון הרע, ואילו זימן את המשיבה לעדות כדי להוכיח שהנתבעים הם אכן מפרסמי ההודעות – על

פניו, בהינתן קיומו של הליך אזרחי מוכר, הייתה המשיכה חייבת להעיד אמת ולחשוף את זהות לקוחותיה.

א

י"א. אף אם נאמר כי במערכת היחסים שבין ספקית לבין לקוחותיה נוצרת חובת סודיות, לעת הזו אין בדין הישראלי חיסיון הפוטר ספקיות אינטרנט מחשיפתם של פרטי משתמשים על דוכן העדים (להבחנה בין סודיות לבין חיסיון ראו: אלכס שטיין "חסיון בנק-לקוח בדיני הראיות" [146], בעמ' 48-54; יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" [147], בעמ' 256-261). לדידי, חרף תרומתה של האנונימיות ליצירה ולחופש הביטוי – באינטרנט ובכלל – גם אין הצדקה ליצור חיסיון גורף להבטחתה (ראו גם: פסקה 46 לפסק הדין קמא; בש"א (שלום י"ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב [66], בפסקה 16). בוודאי כך הוא שעה שהיא משמשת כמחסה לעושי עוולה. העלאתה של האנונימיות לדרגת מעין קדושה, בגדרי "כיכר העיר המודרנית", אין בה כדי להפוך אותה למפלטו של הנבל ולמקלטו.

ב

ג

י"ב. ברוח דבריו של חברי המשנה לנשיאה (פסקה 12) אזכיר כי יחיאל די-נור ("ק. צטניק") העיד במשפט אייכמן בשמו האמיתי (משרד המשפטים, גנוך המדינה, יד ושם המשפט של אדולף אייכמן כרך ב [169], בעמ' 1034). דומה כי גם רומן גארי עצמו היה מודע לכך שאם ייקלע להליך משפטי לא יוכל להסתתר מאחורי מסכת הפסבדונים "אמיל אז'אר" (ראו רומן גארי "חייו ומותו של אָמיל אַז'אר" [136], בעמ' 338). לשון אחר, חרף מעלותיה של האנונימיות – ואף אם נניח כי קיימת זכות כללית לפרסם דברים באופן אנונימי – היא נדחית מפני האינטרס הפרטי והציבורי בניהולו של הליך משפטי תקין והוגן. סבורני אפוא כי, בהיעדר חיסיון, לא ניתן לייחס משקל רב מדי לטענת האנונימיות שזו נובעת אך מהנסיבה האקראית של היעדר נתבע מתאים לנהל נגדו הליך, מקום שנתבע זה ניתן לאיתור באופן בלתי מסובך.

ד

ה

ו

י"ג. עילת התביעה שבה הכירו בתי המשפט הנזכרים מעלה מאפשרת לתובעים פוטנציאליים לחייב ספקיות אינטרנט למסור מידע – שאילו נזדמנה האפשרות לחקור את הספקיות לגבי מעל דוכן העדים, הן היו חייבות למסור.

ז

במובן זה, אין – ולא יכולה להיות – לספקית האינטרנט ציפייה מוגנת כי לעולם לא תיאלץ למסור את פרטי לקוחותיה. ללקוחות אין ציפייה מוגנת שפרטיהם לעולם לא יימסרו. לפי המצב המשפטי הנוכחי, על הספקית וגם על הלקוחות להיות מודעים לכך שמעל דוכן העדים תהיה הספקית חייבת למסור את המידע שברשותה. במובן מסוים, נפקות יצירתה של עילת תביעה פסיקתית היא אך הרחבת הנסיבות שבהן יחשף המידע – ואם כן, לא בבניין עיוני חדש עסקינן אלא בגבולותיו של מתווה משפטי קיים.

י"ד. כל זאת, נוסף לעובדה שרבים מהפרסומים המעוולים באינטרנט עלולים לגבש גם עבירה פלילית (לדוגמה: עבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, או לפי סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, להלן: חוק הגנת הפרטיות). במקרים כאלה, שחברי הזכיר כאפשרות, ודאי שלא ניתן להתייחס לציפייה מוגנת שלפיה תהא הספקית פטורה מהחובה "להשיב נכונה על כל השאלות" שיוצגו לה בחקירה (לפי סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)). עילת התביעה שיצרה הפסיקה ושאותה הזכרנו אמנם מאפשרת ניהול הליך עצמאי נגד ספקית האינטרנט, אך אינה מעצימה את חובותיה של הספקית נוסף לאלה שהיו מוטלות עליה אילו זומנה כעדה בהליך אזרחי, או לחקירה פלילית, נגד הגולש המעוול. כמובן, לגולשים עומדת ציפייה לגיטימית להישאר אנונימיים כל עוד לא עשו עוולות אזרחיות או עבירות פליליות. אולם, במקרים אלה, גם לפי עילת התביעה שבה הכירה הפסיקה, לא יורו בתי המשפט על חשיפה.

עילת תביעה יצירת הפסיקה לחשיפת נתבע פוטנציאלי במשפט המשווה

ט"ו. לא למותר לציין כי גם ברבות מארצות המשפט המקובל עילת התביעה המאפשרת לחייב צד שלישי למסור מידע בדבר זהותו של נתבע פוטנציאלי נוצרה בפסיקה. חברי המשנה לנשיאה התייחס (פסקה 35) לפרשת *Norwich Pharmacal Co. v. Customs & Excise Comm'rs* – *Pharmaceutical* [113], שבה קבע בית הלורדים – ללא עילה חקוקה – כי ניתן (בתנאים מסוימים) לנהל הליך נגד צד שלישי כדי לחייבו למסור מידע בדבר זהותו של נתבע פוטנציאלי (נוסף להפניות בחוות דעתו של חברי ראו גם: Kevin

LaRoche & Guy J. Pratte, *The Norwich Pharmacal Principle and Its Utility in Intellectual Property Litigation* [162]; Melody Yiu, *A New Prescription for Disclosure: Reformulating the Rules for the Norwich* א
(Order [163]).

ט"ז. כפי שציין חברי, הלכת [113] *Norwich Pharmacal* קנתה שביתה
ברבות ממדינות המשפט המקובל. על ארבע המדינות הנזכרות בחוות דעתו –
קנדה, אוסטרליה, ניו זילנד ואירלנד – ניתן להוסיף גם את הונג קונג (ראו: Case
Note, Ho Tsui-chun v. At'y Gen. [164]; Mfr.'s Life Ins. Co. of Canada v.
Harvest Hero Int'l Ltd. [121]; State Bank of India v. Fleet Nat'l Bank
Jeffrey D. Pinsler, *The Early Development of the* (ראו [122])
Discovery Process in Civil Actions in Singapore [165], at pp. 423–426
U.M.C.I. Ltd. v. Tokio Marine & Fire Ins. Co. (Singapore) Pte. Ltd. ראו
[124], כפי שהוסבר בעניין [125] *Odex Pte. Ltd. v. Pac. Internet Ltd.*, העוסק
בחיוב ספקית למסור פרטי IP חרף חובת הסודיות שאותה היא חבה
ללקוחותיה). לשון אחר: בתי המשפט, בגדרי חובתם לפיתוח המשפט, חידשו
עילת תביעה מהותית שנועדה לעמוד על זהותו של מעוול ולאפשר לנהל נגדו
הליך אזרחי. ט

הליכים לחשיפת זהותם של גולשים מעוולים במשפט המשווה

י"ז. חברי מזכיר (בפסקה 35) כי בצווי [113] *Norwich Pharmacal* –
שהם, כזכור, יצירי הפסיקה – נעשה שימוש באנגליה גם בהקשר של חיובם של
ספקיות אינטרנט ושל מפעילי אתרים באינטרנט לחשוף פרטים של גולשים
מעוולים. נוסף לפרשת *Totalise* שהזכיר חברי *Totalise plc v. Motley Fool*
[114] (Ltd.), נזכיר גם את פרשת *Sheffield Wednesday Football Club Ltd. v. Hargreaves* [112]
Norwich Pharmacal [113] המחייב מפעילה של אתר אינטרנט לחשוף שמות של גולשים
אשר פרסמו באתרה דברים העשויים לגבש תביעת דיבה. עוד נזכיר כי רק
לאחרונה (2.12.2009) ניתן באנגליה צו [113] *Norwich Pharmacal* המחייב
את Wikipedia (האנציקלופדיה המקוונת רבת הנוכחות) לחשוף פרטי IP של ט

א גולש שתיקן ערך באנציקלופדיה המקוונת, תוך כדי חשיפת מידע אישי רגיש הנוגע לתובעות – אָם ובתה [ראו] [116] (G. v. Wikimedia Found. Inc.). שימוש דומה בצווי [113] *Norwich Pharmacal* לצורך זיהוי גולשים מעוולים נעשה גם בבתי המשפט בקנדה (ראו: York Univ. v. Bell Canada Enters. [128]; Warman v. Wilkins-Fournier [127]; Odex Pte. (פרשת [125] Ltd. v. Pac. Internet Ltd. הנזכרת), אם כי בערכאות נמוכות).

ב י"ח. גם במדינות שבהן לא התקבלה הלכת [113] *Norwich Pharmacal* קיימות דרכים אחרות שבאמצעותן יש בידו של תובע לעמוד על זהותם של גולשים שביצעו נגדו עוולות. חברי התייחס לתביעות מסוג John Doe הקיימות בארצות-הברית, שבהן ניתנים צווים לספקיות אינטרנט ולמפעיליהם של אתרי אינטרנט, המחייבים אותם לסייע בזיהוי הנתבע (ראו פסקה 22 לחוות דעתו). לא למותר לציין כי, למצער – במישור הפדרלי, האפשרות להגיש תביעות מסוג זה אף היא יציר הפסיקה (לסקירה ראו Carol M. Rice, *Meet John Doe: It Is Time for Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties* [161] N.Y. C.P.L.R. קיימים גם מנגנונים אחרים דוגמת הליך גילוי מוקדם לפי [106] Greenbaum v. Google, Inc. [104]; Ottinger v. Non-Party (ראו: [106] Cohen v. Google, Inc. [105]; The Journal News). חיובן של ספקיות אינטרנט לחשוף פרטי גולשים אנונימיים לפי סדרי הדין האזרחי המקומיים קיים בחלק ממחוזות קנדה, נוסף לתחולה העקרונית של הלכת [113] *Norwich Pharmacal* [113] (ראו, לדוגמה, [129] Irwin Toy Ltd. v. Doe).

ג י"ט. ולבסוף נאמר, בתכלית הקיצור ולהשלמת התמונה, כי מדינות אחרות נקטו גישה שונה בתכלית המגבילה מראש את מידת האפשרות לביטוי אנונימי באינטרנט. על כן, הוגבלה באופן ניכר האפשרות כי הסיטואציה שבה עסקינן תיווצר כל עיקר. כך, לדוגמה, בגרמניה, שם מוטלת מלכתחילה חובת הזדהות *(Impressum)* במקרים רבים (ראו Allison R. Hayward, *Regulation of Blog Campaign Advocacy on the Internet: Comparing U.S., German, and EU Approaches* [166], at p. 396). עיקרו של האמור: ללמדך כי בין באמצעות צווים מסוג [113] *Norwich Pharmacal* ובין במנגנונים משפטיים אחרים,

בשיטות משפט מתוקנות קיימת דרך שבה יש בידיהם של תובעים פוטנציאליים לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים. חוששני כי תוצאה אחרת אינה סבירה. לדירי, היא אף אינה עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור.

א

יצירתן של עילות תביעה ותקנת הציבור

כ. במשפט העברי אנו מוצאים כי חכמים חידשו (קרי: יצרו) עילת תביעה נגד מעוולים כדי למנוע את האנדרלמוסיה הנובעת מהאפשרות לעוול ללא מוראה של תביעה אזרחית, אשר דומה כי בלעדיה "איש את רעהו חיים בלעו" (כלשון המשנה, אבות ג, ב [ב]). כך נקבע לגבי היזק שאינו ניכר (נזק שאינו משנה את גוף הדבר מכפי שהיה; לגביו ראו אנציקלופדיה תלמודית, בערך "הזק שאינו נכר" [ג]), שמעיקר הדין אינו מקים עילת תביעה:

ג

"ור' יוחנן אמר: דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד – פטור; מאי טעמא? היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק [=אינו נחשב היזק], ומה טעם אמרו במזיד חייב? שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חברו, ואומר פטור אני" (תלמוד בבלי, גיטין נג, ע"א [ד]; ההדגשה הוספה – א' ר').

ד

רוצה לומר: הגם שמעיקר הדין, מן התורה, היה מקום לפטור על היזק שאינו ניכר – על העושה במזיד הטילו חיוב, בחינת "סייג לתורה", כדי "שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חברו [הטומאה היא דוגמה לנזק שאינו ניכר – א' ר']".

ה

כ"א. כך גם תיקנו חיוב שבועה לשניים האוחזים בטלית אחת והטוענים לבעלות בכולה. אמנם, בנסיבות אלה, מעיקר הדין אין עילה לחייב את כל אחד מהתופסים להישבע על טענתו (ראו, לדוגמה, בית הבחירה (לרבנו מנחם המאירי), בבא מציעא ב, ע"א [ה]), אך אף על פי כן:

ו

"שבועה זו למה? – אמר רבי יוחנן: שבועה זו תקנת חכמים היא, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חברו, ואומר שלי הוא" (תלמוד בבלי, בבא מציעא ה, ע"ב [ו]; ההדגשה הוספה – א' ר').

ז

א הרציונל אינו רק שמירה על ממונו של אדם פרטי זה או אחר, אלא אף השיקול הציבורי "שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא" או "שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף". ואם עדיין קיים ספק בדבר האינטרס המוגן, באה התוספתא (בסוגיית היזק שאינו ניכר) ומנסחת את הדברים באופן מפורש: "בשוגג פטור במזיד חייב מפני תיקון העולם" (תוספתא, גיטין ג, ז [ז]; ההדגשה הוספה – א' ר').

ב כ"ב. להלן נידרש למשקל שיש לתת לאינטרס הציבורי בשיח אנונימי, במובחן מהאינטרס של המעוול הפרטי שלא להתחייב בתשלומים. אולם, יש לזכור שמול אינטרס זה קיים גם אינטרס ציבורי "שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף" – אף הוא נוסף לאינטרס הפרטי של הנפגע לקבל פיצוי על נזקיו. לדידי, אין ספק כי לנגד עיניהם של בתי המשפט הרבים – בישראל ובחול – שהכירו ושחידשו עילות תביעה המאפשרות חשיפת גולשים מעוולים, עמד גם – בבחינת "תיקון העולם" – החשש שיהא "כל אחד ואחד הולך ותוקף" את חברו מאחורי מסך האנונימיות שרשת האינטרנט מספקת כה בקלות.

ד הכרה בעילת התביעה – סיכום

ה כ"ג. ניתן לסכם ולומר כי בתי משפט רבים בישראל הכירו בעילת תביעה נגד ספקיות אינטרנט ונגד אתרי אינטרנט המחזיקים בפרטיהם ובזהותם של גולשים שעוולו (ויודגש: רק כאלה שביצעו עוולה). הכרה זו באה בגדרי סמכותם וחובתם של בתי המשפט לפתח את המשפט ולהתאימו למציאות החיים המשתנה, והיא אינה שונה באופן מהותי מעילות תביעה אחרות שנוצרו בפסיקה לאורך השנים. ניתן דעתנו לכך כי, אמנם, במשך כמה שנים נחלקו בתי המשפט לגבי התנאים שבהם יש להורות על חשיפה, אך דומה כי קיומה של סמכות, כשלעצמה, מעולם לא היה במחלוקת אמיתית. בשנת 2001 נדרש השופט (כתוארו אז) מ' חשין ליישמו של חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, בעידן האינטרנט, וכך העיד:

ז "כלי-המשפט התולים על קיר חדר המלאכה שלנו – סדורים שורות שורות, אלה ליד אלה – נתקשה לעתים למצוא בהם כלי המתאים לעידן הטכנולוגי החדש" (תב"ס 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות

הספרדים העולמית שומרי תורה נ' פינס-פז [29], בעמ' 165, השופט,
כתוארו אז, מ' חשין).

א

אלא שסגולתו וגדולתו של המשפט הן יכולתו להתפתח, מוטב – כמובן –
על ידי המחוקק, אך גם בפיתוח פסיקתי – שהמשפט הבריטי שממנו הושרינו
מובא כדוגמה הבולטת לכך. אך אין אנו מוכרחים להרחיק לכת לשדות זרים,
שכן גם המשפט העברי הלך בדרך זו מקדמת דנא, ועוד במועד מוקדם פירש
"עין תחת עין" שאמרה תורה (שמות כא 24 [ח]) כפיצוי ממון (תלמוד בבלי,
בבא קמא פג, ע"ב [ט]).

ב

כ"ד. ואכן, חלפו השנים, והנה מסתבר כי, בהיעדר חקיקה, יצרה הפסיקה
בעצמה – ובעבור עצמה – "כלי עבודה" המתאים לעידן הטכנולוגי שבו נגזר
עליה לפעול. כך היא דרכה של פסיקה בעולם של שינויים טכנולוגיים:

ג

"המשפט שנוצר בעקבות הטכנולוגיה פועל בדרך-כלל בשני
מישורים: במישור הראשון הוא מסדיר את עצם השימוש
בטכנולוגיה החדשה. זהו משפט חדש. במישור השני הוא מסדיר את
השפעת הטכנולוגיה החדשה על המשפט הקיים בתחומים אחרים.
זהו שילוב של משפט חדש במשפט ישן" (יצחק זמיר "חופש הביטוי
באינטרנט" [148], בעמ' 354).

ד

שורת פסקי הדין הנזכרים היא דוגמה קלסית לפעילות משפטית "במישור
השני" – הסדרת השפעתה של הטכנולוגיה החדשה על המשפט הקיים.

ה

כ"ה. ועוד: כאמור, בהיעדר חיסיון במערכת היחסים שבין ספקית לבין
הלקוחות, הכרה בעילת תביעה כאמור אינה משנה באופן "דרמטי" את מערך
הזכויות המהותיות. נפקות ההכרה בעילה כאמור היא הרחבה בלבד של הזכות
"להזמין כל אדם ליתן עדות" (לשון סעיף 1(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש]),
התשל"א-1971), הרחבה של חובת הגילוי הקיימת כבר כעת מעל דוכן העדים.
סבורני כי לא הייתה מניעה מלעשות כן. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם הפסיקה
שהובאה מעלה ממדינות הים ועם העובדה שתוצאה אחרת – שלפיה אין היום
במדינת ישראל דרך לחייב ספקיות אינטרנט ומפעילי אתרים למסור את פרטיהם

ו

א של גולשים מעוולים – חוששני שאינה סבירה. עת יש ניזוק, יש עוולה ויש דרך לזהות את המעוול – מְצוּיִם אנו, לטעמי, כדי שנמלא כהלכה את תפקידנו, למצוא דרך שתאפשר הגשת תביעה.

ב כ"ו. יוזכר כי, בבואנו לבחון את סבירותה של תוצאה אחרת, יש לזכור שמאחורי מסך האנונימיות מסתתרת אפשרות לשורה של עוולות אזרחיות מסוגים שונים. ניתן דעתנו למצב שבו קם אדם בבוקר ומוצא שכל רישומי הרפואיים, הכוללים מידע "הנוגע לצנעת חייו האישיים [...] לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד" (סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות) הועלו לרשת האינטרנט (עוולה לפי סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות). והנה מצב אחר, שבו מגלה חברה בורסאית כי מניותיה צנחו בעקבות שמועה זדונית ושקרית שהופצה במכוון ברשת האינטרנט. הוא הדין בהפרת זכויות יוצרים או בפגיעה בקניין רוחני.

ג כ"ז. כאמור, גם סקירת המשפט המשווה מלמדת כי במדינות מתוקנות קיים הליך משפטי – יציר הפסיקה או חקוק – המאפשר לנפגע לגלות את זהותו של מעוול, אף אם האחרון ניצל את מסך האנונימיות שמאפשרת רשת האינטרנט. לסקירה בינלאומית זו נודע משנה חשיבות שעה שעוסקים בעוולות באינטרנט – תחום שמתבעו חוצה גבולות בניד אצבע וחובק תבל ומלואה. לענייננו, די לציין כי אותה תביעה שהוגשה נגד חברת Google בבית משפט השלום בירושלים (בש"א (שלום י"ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב [66]) ניתן היה להגיש גם במקום מושבה – ואז היו חלות ההלכות האמריקניות המאפשרות חשיפה. דומה כי אופי בינלאומי זה מחייב, באופן מוגבר במיוחד, מתן משקל של ממש לרוח הנושבת מעבר לים – ולא יהא דמו של מי שיכול להרשות לעצמו לתבוע בחו"ל אדם (ראו תלמוד בבלי, פסחים כה, ע"ב [1]) משל המתדפקים על דלתותיהם של בתי המשפט בישראל (ובפרט שעה שבגדרי הראשונים יבואו בעלי אמצעים התובעים את מבקריהם, ובגדרי האחרונים תבוא – לא אחת – תמונת הראי).

ד סבורני אפוא כי אין זה מן הראוי שנקבע כי כל פסקי הדין הנזכרים מעלה הם שגויים, וכי כל המותבים שמידם יצאו פעלו שלא בגדרי הדין. תחת זאת, ראוי

לקבוע כי המשפט הישראלי הכיר בעילת תביעה עצמאית נגד ספקיות אינטרנט ונגד מפעיליהם של אתרי אינטרנט – ולבחון, תוך כדי סקירת הפסיקה הקיימת והשוואתה למקובל בעולם, את גדריה המדויקים ואת התנאים ליישומה.

א

תיחומה של עילת התביעה

כ"ח. בטרם נפנה לבחון את ההליך המתאים למימוש העילה ואת גדריו של שיקול הדעת המהותי שעל בית המשפט להפעיל בבואו להכריע אם לקבל תביעות מסוג זה, ראוי להבהיר את גבולותיה המדויקים של עילת התביעה. יש לזכור כי "תכונתה המוסדית הבסיסית של החקיקה השיפוטית היא, שהחקיקה נעשית לצורך הליך שיפוטי [...] היא אינצידנטלית להכרעה בסכסוך" (ברק, "חקיקה שיפוטית" [144], בעמ' 47; עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" [149], בעמ' 685; אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" [150], בעמ' 483):

ב

ג

"החקיקה השיפוטית נעשית באופן שונה, בהיקף שונה ולמטרות שונות מן החקיקה של הרשות המחוקקת. באופן שונה – כיוון שהחקיקה השיפוטית אינצידנטלית לשיפוט; בהיקף שונה – כיוון שהחקיקה השיפוטית תחומה בגבולות שיקול-הדעת השיפוטי ובגבולות שמלות החוק החרות מגבילות אותה בהן; למטרות שונות – משום שהיא לא נועדה לקבוע נורמה כללית, אלא להכריע בסכסוך עובדתי קיים" (ידידיה צ' שטרן "אנטומיה של פסיביות שיפוטית בדיני חברות – קוצר הנורמה הפוזיטיבית" [151], בעמ' 819).

ד

ה

פסק הדין מושא הליך זה, כמו רבים מפסקי הדין הרבים הנזכרים מעלה, דנים ומכריעים בשאלת חיובה של ספקית אינטרנט (חלקם עוסק גם בחיובם של אתרי אינטרנט) למסור את פרטי הגולשים. הם אינם קובעים, לדוגמה, הלכה גורפת לגבי אימוצה של הלכת [113] *Norwich Pharmacal* במשפט הישראלי. זאת, אף שההיגיון העומד ביסודה של הלכת [113] *Norwich Pharmacal* יפה, לדידי, גם למשפט הישראלי, והניסיון הרב שנצבר לגביה במדינות הים עשוי לסייע לקליטתה.

ו

כ"ט. חברי המשנה לנשיאה כותב כי שאלת אימוצה של הלכת *Norwich* [113] *Pharmacial* במשפט הישראלי "אינה שונה באופן מהותי מן השאלה שעניינה האפשרות להגיש תביעה נגד נתבע 'רן דן'", וכי היא "סותרת] ברוח[ה] ובתכלית[ה] את המסגרת הדיונית שהעמידו המחוקק ומחוקק המשנה לפני בתי המשפט" (פסקה 36). לדאבוני, איני בטוח שאני רואה את הדברים עין בעין עם חברי. בניגוד לתביעות "רן דן" ("John Doe"), שאינן מתיישבות עם סדרי הדין בישראל (לענייננו, "רן דן" הוא המפרסם ודן את חברו ברוחחין על לא עוול, והוא יהיה ל"רן" אם תיחסם הדרך לתביעה), עניינה של הלכת *Norwich* [113] *Pharmacial* הוא במשפט המהותי. מבחינה דיונית, הצדדים להליך מסוג [113] *Norwich Pharmacial* ידועים – ולדידי, הוא משתלב במסגרת הדיונית המוכרת ואינו סותר ברוחו ובתכליתו מסגרת זו. אכן, מדובר בהכרה פסיקתית בעילת תביעה חדשה או, בניסוח אחר, בהכרה פסיקתית בחובה של צדדים שלישיים (שיש להם מעורבות מסוימת באירוע העולתי) כלפי תובעים פוטנציאליים. הכרה בחובה כאמור אינה דבר של מה-בכך, אך גם איני רואה סתירה עקרונית בינה לבין רוחה ותכליתה של המסגרת הדיונית הקיימת.

ל. על כל פנים, בגדרי הליך זה אין צורך בהפשטה כאמור או בקביעתו של כלל גורף בדבר תחולתה של הלכת [113] *Norwich Pharmacial* במשפט הישראלי. פסקי הדין של הערכאות הדיוניות התייחסו לתביעה נגד ספקיות אינטרנט ונגד אתרי אינטרנט, וניתן בקלות לעמוד על הבחנות רבות וברורות בין "גרירת" ספקית אינטרנט להליך משפטי וחיובה לחשוף פרטים על אודות גולשים לבין "גרירת" אדם פרטי להליך משפטי כדי לחייבו למסור מידע בדבר נתבע פוטנציאלי.

ל"א. די להתייחס לשני מאפיינים: ספקיות אינטרנט הן חברות למטרת רווח הפועלות מכוח רישיון מיוחד לפי סעיף 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. כיוון שמדובר בחברה למטרת רווח, קשה לאפשר למשיבה להישמע בטענה כי היא "מוצאת עצמה [...] שוב ושוב, נדרשת להפוך ל'מלשין הלאומי'" (סעיף 4 לתגובת המשיבה מיום 1.7.2007). למשיבה, כמו ליתר הספקיות, יש שיקולים כלכליים משלהן ויש בידיהן – בניגוד לאדם פרטי שמידע בדבר זהותו של נתבע פוטנציאלי הגיע לידיה באקראי – לבחור אם הצר

בתחום עיסוקן שווה בנזק התחושה של "מלשין לאומי", ככל שיש בה ממש (וארשה לעצמי להטיל ספק בכך), או בטרחה שעלולה להיגרם מאותה "היגררות" לבתי משפט (אם כי להלן, בגדרי קביעת האיזונים בין האינטרסים השונים, יינתן משקל גם להטרחה זו). כך, מה גם שהקשר בין הספקיות לבין לקוחותיהן הוא קשר חוזי, ובידיהן לנסח הסכם באופן המגן על זכויותיהן אל מול הלקוח במקרה של גולש מעוול.

א

ל"ב. ועוד: אמנם פעולה מכוח רישיון, כשלעצמה, אינה הופכת "את פעילותו של אותו גוף לפעילות בתחומי המשפט הציבורי" (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום [30]), בעמ' 517, השופט, כתוארו אז, ברק; בג"ץ 126/84 גלבוט נ' מפעל הפיס [31]), אך ברי כי גם אין הספקית אדם פרטי. הספקיות מספקות שירות לציבור, נמסר לידיהן משאב ציבורי, הן משתמשות בתשתיות בזק קיימות, וככאלה נושאות הן בחובות כלפי הציבור – חובות שאין אדם פרטי נושא בהן. יש בהן אפוא, אם לא משום דו-מהותיות, משום מהותיות מורכבת, קרי: מימד נוסף של חובות (לעניין דו-מהותיות ראו: בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל [32]; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום [30]; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ [33]. לדילמת הסיווג ראו אסף הראל גופים דו-מהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי [137], בעמ' 109–115; 159–160).

ב

ג

ד

ל"ג. נוסח הרישיון שמכוחו פועלת המשיבה לא הוצג לפנינו, אך לא למותר לציין כי באתר של משרד התקשורת מופיע נוסח "דוגמא לרישיון מיוחד למתן שירותי אינטרנט", הכולל פרק (5.4) שכותרתו "פעילות הוגנת":

ה

5.4 פעילות הוגנת

5.4.1. בפעילותו של בעל הרישיון לא יהיה מעשה או מחדל העלול לפגוע בתחרות בתחום הבזק או להגבילה, או לפגוע בטובת הציבור.

ו

ז

5.4.2. בעל הרשיון יציע, ללא אפליה, כל שירות כל סל

שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד, לפי סוגי

מנויים, במקומות בהם הוא מספק את השירות [...]".

א

די בשני מאפיינים אלה – היות הספקיות חברות הפועלות למטרת רווח והעובדה שהן פועלות מכוח רישיון ונושאות בחובות מסוימות כלפי הציבור – כדי להסביר מדוע עלת התביעה שבה הכירו הערכאות הדיוניות, ושבה אני תומך, היא מוגבלת לנסיבותיה: תביעות נגד ספקיות אינטרנט.

ב

ל"ד. לא אימנע מאמור כי קיימים טעמים טובים מאוד להחיל את עילת התביעה ביתר שאת גם בהתייחס למפעיליהם של אתרי אינטרנט המפרסמים או המציעים בימה לתכנים עוולתיים שמעלים צדדים שלישיים – ואף עניין זה נדון בערכאות הדיוניות (ראו, בין היתר, ת"א (שלום ת"א) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ [64], בפסקאות 133–135. השוו גם בש"א (שלום י"ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב [66]). נוסף לכך שחייב מפעיליהם של האתרים למסור כתובות IP הוא חוליה הכרחית בדרך לזיהוי גולשים מעוולים (ראו פסקה 10 לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה; פסקה 2 ופסקאות 42–43 לפסק הדין קמא), ברי כי אין לראות באתרים המאפשרים לגולשים להעלות תכנים משלהם כאילו היו צד שלישי נייטרלי, משל היו עוברי אורח שבמקרה היו עדים למעשה עוולה. בניגוד לספקיות אינטרנט, שבהן ניתן לראות "צינור" המקשר בין הגולשים לבין רשת האינטרנט, וככזה – כסוי עיניים לתנועה המתנהלת בו, נודעת לאתרי אינטרנט אחריות על התכנים המצויים בהם, לרבות – במקרים המתאימים – לתכנים שהעלו צדדים שלישיים.

ג

ד

ה

ל"ה. אמנם, סוגיית אחריותם בנזיקין של מפעילי אתרי אינטרנט לתכנים שהעלו לאתר צדדים שלישיים היא מורכבת מאוד. בית משפט זה טרם אמר את דברו לגביה, וערכאות דיוניות נחלקו בה. ברם, הפסיקה הישראלית (שוב, בערכאות הדיוניות) הכירה באחריות של מפעילי אתרים, בנסיבות מסוימות, לתכנים שהעלו צדדים שלישיים לאתריהם (ראו, בין היתר: ת"א (שלום כ"ט) 7830/00 בורוכוב נ' פורן [62]; ת"א (שלום ת"א) 32986/03 בושמיץ נ' אהרונוביץ' [80], להלן: פרשת בושמיץ; ת"א (שלום ת"א) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון

ו

ז

הארץ בע"מ [64]. בהקשר של הפרת זכויות יוצרים ראו ת"א (שלום ת"א) 41022/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל [81]; לגישה שונה ראו ת"א (שלום ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטלריד [63], בפסקה 36. כך, לדוגמה, בפרשת בושמיץ [80]:

א

"אני סבורה שמנהלת סבירה, אשר השתתפה השתתפות פעילה בפורום וקראה וידעה על הדעות המפורסמות בו אשר מהוות לשון הרע, אינה פטורה מאחריות לפרסומים אלה [...] למותר לציין כי חובת זהירות תוטל על ספקי השירות במקרים מובהקים וברורים, שכן המדובר באמצעי תקשורת המשמש להעברת מידע המסייע לקידום המדע והמחקר ולהעברת דעות ברחבי העולם כולו, ועל-כן יש להגביל מאוד ולצמצם את חובת הזהירות והחלת סעיף 35 לפקודת הנזיקין. יחד עם זאת, מקום בו נעשה שימוש לרעה במדיום האינטרנט יש לבחון כל מקרה לגופו בשאלה אימתי נכון וראוי יהא להטיל חובת זהירות קונקרטיה על מנהל פורום כשלוחו של ספק השירות" (סגנית הנשיא אלמגור).

ב

ג

די באלה כדי להבין מדוע יש לאתרי אינטרנט המאפשרים לגולשים להעלות תכנים משלהם מעמד מיוחד המצדיק את מתן האפשרות לנהל נגדם הליך שמטרתו זיהוי נתבע פוטנציאלי. זאת, בלי להביע עמדה לגבי התנאים שבהם ניתן יהיה לתבוע אותם ישירות בנזיקין, עניין שאינו מונח לפתחנו.

ד

ה

ל"ו. אין בדברים אלה, התוחמים את עילת התביעה לספקיות אינטרנט ולמפעיליהם של אתרי אינטרנט, כדי לומר שבמקרים אחרים לא יכירו בתי המשפט בעילת תביעה רחבה יותר, נגד צדדים שלישיים נוספים שיש בידם לשפוך אור על זהותו של נתבע פוטנציאלי. אולם, עניין זה חורג מהתיק שלפנינו, והידרשות אליו אינה עולה בקנה אחד עם דרכו של בית המשפט ללכת "מן הפרט אל הפרט" (משה לנדוי "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" [152], בעמ' 502), "ממקרה קונקרטי אחד למקרה קונקרטי אחר" (ברק, "חקיקה שיפוטית" [144], בעמ' 49). כפי שכתב חברי המשנה לנשיאה במקום אחר,

ו

ז

ובעניין אחר, "טוב לה להלכה שתתפתח עקב בצד אגודל" (בעמ"ס 4623/04 פלוני נ' פלונית [34], בעמ' 84). עד כאן בכל הנוגע לתיחומה של עילת התביעה.

א

ההליך המתאים למימושה של עילת התביעה

ל"ז. חברי עמד על כך שערכאות דיוניות דנו באפשרות לחייב ספקיות אינטרנט לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים בשני מסלולים דיוניים שונים: כתביעה עצמאית נגד הספקיות או כסעד ביניים בתביעה נגד המעוול האנונימי ("John Doe" או "רן דן"). בית המשפט קמא צידד באפשרות השנייה:

ב

"במישור המהותי, אין לראות בקשה לחשיפת שמות גולשים כבקשה עצמאית העומדת בפני עצמה, אלא כסעד ביניים שנועד לשרת את הסעד העיקרי, כגון תביעה בעוולה של לשון הרע או בעוולה מסחרית, או בגין פגיעה בפרטיות.

ג

כאשר בבקשה מעין זו עסקינן, הדרך הראויה היא להגיש בקשה לצו עשה לחשיפת שמו של הכותב האנונימי, בד בבד עם הגשת תובענה עיקרית כנגד אותו כותב, שבשלב הגשת התביעה יכונה 'פלוני'. בדרך זו, הבקשה לצו עשה הופכת להיות הליך ביניים שנועד לשרת את ההליך העיקרי [...]

ד

[...] מכאן, שאם התביעה העיקרית היא תובענה כספית הנופלת בסמכותו של בית משפט השלום, הבקשה לחשיפת זהות הגולשים תידון בבית משפט השלום" (פסקה 15).

ה

לשיטתו של בית המשפט קמא, "ככל שהבקשה לחשיפת שמות גולשים היא בקשה עצמאית, העומדת בפני עצמה, ולא כסעד ביניים המשרת את הסעד העיקרי [...] הסמכות לדון בבקשה תהא נתונה לבית המשפט המחוזי. עם זאת [...] הגשת בקשה כזו, עשויה להעיד על חוסר תום לב של המבקש" (פסקה 15). ואכן, בכמה מקרים הלכו ערכאות דיוניות במסלול דיוני זה של תביעות John Doe (ראו: בש"א (שלום ת"א) 178523/08 פריד נ' אלמוני [67]; ת"א (שלום ת"א)

ו

09-09-22992 מכון התקנים הישראלי נ' אלמוני [76]; בש"א (שלום ראשל"צ) 3189/09 בלושטיין נ' פלונית [68].

א

ל"ח. ברם, בעניין זה מקובלים עליי דברי חברי המשנה לנשיאה: "החקיקה בדבר סדרי הדין בישראל אינה מזכירה את האפשרות להגיש תביעה נגד נתבע 'גנרי' – שאותו נכנה 'רן דן' (John Doe) – אשר מחליף את הנתבע האמיתי" (פסקה 24). בדין מפנה חברי לתקנה 9(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), הקובעת כי כתב תביעה יכלול את שמו של הנתבע. אך, יתור על כן, סבורני כי לא רק היעדר טכני של שם הנתבע בכתב התביעה הוא לב הבעיה. הבעיה נעוצה בכך שאם אין נתבע – אין הליך. המחוקק טרם הסדיר את הסוגיה בדבר חשיפת זהותם של גולשים מעוולים בדין המהותי, ולבתי המשפט מוקנית, כאמור, סמכות להכיר בעילות תביעה שאינן חקוקות. לעומת זאת, המחוקק ומחוקק המשנה הסדירו באופן פוזיטיבי את סדרי הדין. בישראל, כך דומה, אם אין נתבע – אין הליך. דומני כי כאן מרחב התמרון השיפוטי הוא מצומצם יותר. אף לגופו של עניין, חסרונותיו של הליך מסוג John Doe הם ברורים (לרבות התיקונים הרעיוניים הנרחבים ביותר שיש לשלב בתקנות סדר הדין האזרחי). בעניין זה, אין לי אלא להצטרף לסקירתו המקיפה של חברי המשנה לנשיאה (פסקאות 26–31).

ב

ג

ד

ל"ט. את הדרך הדיונית למימושה של עילת התביעה יש לגזור מסדרי הדין הקיימים. בהתחשב בטיב הדיון, שאינו כרוך בכיורור עובדתי מורכב (ראו: ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים [35]; ע"א 2106/91 מזור נ' וחידי [36]; אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי [138], בעמ' 485–502; משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי כרך ב [139], בעמ' 964), נראה כי הדרך הראויה היא להגיש המרצת פתיחה, שהמשיבה בה היא ספקית האינטרנט (או מפעילי האתר), בבחינת "את פתח לו" שבהגדה. בעניין זה מקובלים עליי דבריה של סגנית הנשיאה פלפל בעניין ברוקרטוב [56]:

ה

ו

"ההיה מקום להגיש את התובענה בדרך של ה"9?

[...]

ז

א הרשימה של הנושאים שניתן לדון בהם בדרך של המרצת פתיחה אינה סגורה, אלא פתוחה. השיקול העיקרי צריך להיות אם הדיון בדרך מקוצרת זו יעשה צדק עם שני הצדדים ולא יקפח איש מהם [...]

ב בסיומו של יום היו הצדדים בדעה שאין צורך בחקירות של עדים, וכי ניתן להסתפק במסמכים שהוגשו, ובסיכומים לגביהם.

השאלות שהתעוררו הן שאלות משפטיות ושאלות של מדיניות משפטית.

ג אשר על כן אני קובעת שהיה מקום להגיש התובענה בדרך זו" (עניין ברוקרטוב [56], בפסקה ו).

כיוון שעניינה של עילת התביעה הנוכחית הוא חשיפתם של שמות גולשים לצורך ניהול הליך משפטי נגדם, ברי כי כתב ההמרצה יכלול פירוט בדבר התביעה הפוטנציאלית. לדוגמה, אדם שפורסמה נגדו לשון הרע על ידי גולש אנונימי, יטען בהמרצת הפתיחה כי בכוונתו לתבוע אותו מפרסם, יציג את הדברים שפורסמו ויפרט ככל הניתן לגבי סיכויי התביעה. על בית המשפט יהא לבחון אם יש ממש בטענה זו ואת סיכוייה של התביעה הפוטנציאלית (ועל כך להלין). כמובן, ככל המרצת פתיחה, גם ההמרצה בהליך זה תלווה בתצהיר (תקנה 255 לתקנות סדר הדין האזרחי, יחד עם תקנה 241(א) לתקנות), ובכך תונח לפני בית המשפט תשתית עובדתית. בכל הנוגע לסמכות העניינית, סבורני כי ניתן ללכת בדרכו של בית המשפט קמא: אם התביעה הפוטנציאלית היא בסמכותו של בית משפט השלום, תוגש המרצת הפתיחה לבית משפט השלום; אם התביעה הפוטנציאלית היא בסמכותו של בית משפט מחוזי, תוגש המרצת הפתיחה לבית המשפט המחוזי.

מ. משעמדנו על קיומה של עילת תביעה ישירה כלפי ספקיות אינטרנט וכלפי מפעילים של אתרי אינטרנט, המאפשרת לחייב אותם למסור פרטי גולשים מעוולים לצורך ניהולו של הליך משפטי, ומשעמדנו על הדרך הדיונית למימושה – יש לפנות ולבחון את גדרי העילה במשפט המהותי, תוך כדי איוון בין

האינטרסים השונים המושכים, לעתים, בכיוונים מנוגדים. נזכיר עוד כי בפסקי הדין הרבים שנזכרו מעלה עסק עיקר הדיון – והמחלוקות – בשאלות מהותיות אלה.

א

עילת התביעה – גדרים מהותיים

מ"א. בבתי המשפט המחוזיים הוצעו שלוש תשובות לשאלה מתי יש לחייב ספקית אינטרנט לחשוף את זהותם של גולשים לצורך הגשתה של תביעת לשון הרע (אם כי, לדעתי, אין מקום להבחנה עקרונית בין עוולות שונות). שלוש הגישות נסקרו בקצרה בפסק דינו של סג הנשיא אברהם בעניין מושקוביץ [55], בפסקה 7:

ב

"בקצירת האומר אציין, כי הגישה האחת (גישה של כב' השופטת ד"ר ד' פלפל [...]) גורסת, כי [...] יש לחשוף את זהותו, אם עולה בידי התובע לשכנע בקיומה לכאורה של עוולה נזיקית העולה מן הפרסום.

ג

בקוטב הנגדי עומדת הגישה (בה אוחת כב' השופטת ד"ר מ' אגמון-גונן [...]), לפיה משום מאפייניה הייחודיים של הרשת – רק אם מגיע הפרסום כדי מעשה פלילי – יש מקום לחשיפת זהותו של המפרסם.

ד

גישת הביניים (המיוצגת מפיו של כב' השופט י' עמית [...]) גורסת, כי בשל מאפייניה של הרשת, וחשיבותה של האנונימיות שבגלישה, יש להוסיף על המבחן עליו הצביעה כב' השופטת אגמון-גונן 'דבר מה נוסף'."

ה

דעתי בשאלה לא-פשוטה זו קרובה לעמדתה של סגנית הנשיא פלפל, בתוספת מסוימת – כפי שיפורט. אולם, כדי לנמק קביעה זו יש להידרש, בקצרה, לדיון באינטרסים הנוגדים הפועלים בענייננו.

ו

ז

נוסחת האיזון: האם מעוול אנונימי ראוי להגנה רחבה יותר מאשר מעוול

שזהותו ידועה?

א

מ"ב. האיזון העקרוני בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, או בין חופש הביטוי לבין ביטויים "מזיקים" אחרים (דוגמת אלה הפוגעים בקניין רוחני או המגבשים עוולות נזיקיות אחרות), נדון עד היום פעמים רבות במשפט הישראלי בהליכים שנוהלו בין נפגעים לבין מפרסמים שזהותם ידועה, ללא המורכבות הנובעת מביטוי אנונימי או מרשת האינטרנט. המשפט הישראלי ידע, ויודע, להגן על חופש הביטוי "בהיותו חלק מכבוד האדם המעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים [37], בעמ' 675, הנשיא ברק; עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר [38]; בג"ץ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים [39]).

ג

מ"ג. לאורך עשרות שנים קבע בית משפט זה הלכות רבות ומפורטות המסדירות את האיזון בין הבטחתו של חופש הביטוי לבין זכויות אחרות, דוגמת הזכות לשם טוב, זכות הקניין ואינטרסים פרטיים וציבוריים אחרים (בהקשר הפרטי ראו, לדוגמה: רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני [40]; ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד [41]; בהקשר הציבורי ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים [42]). חשוב להטעים כי פסק דין זה שבו אנו עוסקים עתה אינו משנה במאומה מההלכות הקיימות ומהאיזונים שנקבעו. ככל שתיחשף זהותו של הגולש המפרסם, יעמדו לו במשפטו כל ההגנות הקיימות לחופש הביטוי. יתר על כן, ככל שהדין המהותי מגן על הפרסום, לא יוכל התובע הפוטנציאלי להראות כי בידו עילת תביעה טובה – ובית המשפט לא יורה על חשיפת פרטיו של המפרסם, שייוותר אנונימי. לשון אחר: זכותו של הגולש שנחשף לחופש ביטוי שמורה לו והיא מוגנת בהגנות ובעקרונות שנקבעו בפסיקה – כמותו ככל אדם המפרסם דבר-מה בשמו המלא.

ה

ו

מ"ד. ניתן לראות בהלכות הקיימות ובאיזונים שנקבעו עד היום משום "הגרעין הקשה" של הזכות לחופש הביטוי ושל מערכת האיזונים בינה לבין זכויות אחרות. פסק הדין דנא אינו עוסק בגרעין קשה זה. בניגוד להלכות שנקבעו בהליכים שבהם זהות הצדדים הייתה ידועה, מדובר בענייננו במעין הליך

ז

מקדמי, במעגלות שמסביב לגרעין הקשה, שעניינו הפגיעה באנונימיות (לא בחופש הביטוי במובנו המצומצם) במקרה של פרסום עוולתי. כדי ליישם את קורפוס ההלכות הקיים בעניין ההגנה על חופש הביטוי, יש צורך בהליך – ולשם כך יש לעמוד על זהות המפרסם ולנקוב בשמו כנתבע במשפט. כאשר המפרסם אינו מזדהה (או כאשר הוא מזדהה בשם בדוי), חוצץ מסך האנונימיות בינו לבין האפשרות לבחון את דבריו בפרספקטיבה הרגילה של חופש הביטוי ולהחיל עליהם את מערכת האיזונים שנקבעה בפסיקה ארוכת שנים.

א

ב

מ"ה. לשון אחר: עניינו של הליך זה הוא זיהוי המקרים שבהם תחויב ספקית אינטרנט להסיר את מסך האנונימיות ובכך להשוות את מעמדו של המפרסם האנונימי למעמדו המשפטי של מפרסם שזהותו – מבחירה, מחוסר מחשבה, מביש מזל או מכל סיבה אחרת – ידועה. השאלה היא אפוא השאלה בדבר מידת ההגנה שיש להעניק למסך האנונימיות נוסף להגנות המוקנות לחופש הביטוי בדין המהותי, שהרי האחרונות ימשיכו לעמוד לגולש האנונימי גם אחרי שזהותו נחשפה. ממילא, בהיעדר תביעה טובה לא יורה בית המשפט על חשיפה.

ג

וידוגש: מדובר בחשיפת זהותם של גולשים שלגביהם הוצגה תשתית ראייתית טובה כי עוולו. אין מדובר חלילה בפגיעה באפשרות לשיח אנונימי שאינו עוולתי או באפשרות לחשוף את זהותם של גולשים בשל דעות שאולי אינן פופולריות אך אינן עוולתיות. האפשרות להתבטא באופן אנונימי בתחומים אלה חשובה לכלל ולפרט, ואין כל כוונה לצמצמה. השאלה היא אפוא אם מעוול שבחר לפרסם את דבריו בעילום שם ראוי להגנה רחבה יותר מאשר מעוול שפרסם את דבריו בשמו האמיתי. האם הבחירה בעילום שם מצדיקה מתן הגנה רחבה יותר? ומנגד, האם זכויותיו של מי שנפגע ממעוול עלום שם פחותות מזכויותיו של מי שנפגע ממעוול שזהותו ידועה?

ד

ה

מ"ו. על פניו, ניתן היה לומר כי ההגנה על חופש הביטוי באה על סיפוקה בהליך העיקרי, ולא יהיה מצבו של מי שפרסם את דבריו בעילום שם טוב ממי שפרסם את דבריו בשמו האמיתי. לפי פרספקטיבה זו, אין זכות לאנונימיות נוסף לזכות לחופש הביטוי, ואין לראות באנונימיות משום "זכות" אלא משום עובדה, מציאות חיים שהפכה לקלה יותר עם התפתחותה של רשת האינטרנט. לפי דרך

ו

ז

זאת, כדי לזכות בסעד של חשיפת הגולש האנונימי יהיה תובע חייב לעמוד בדרישה אחת בלבד: להוכיח כי במשפט רגיל, שבו זהות הצדדים ידועה, גובר האינטרס שלו על חופש הביטוי של הגולש, קרי: כי בידיו עילת תביעה טובה בהתאם להלכות הקיימות. אם לפי האיזונים הרגילים בין חופש הביטוי לבין זכויות מוגנות אחרות תתקבל התביעה, יש להסיר את מסך האנונימיות ולאפשר את ניהולה, ואין מקום לאיזונים נוספים הקשורים להגנה על האנונימיות של הגולש.

ב

הימנעות ממתן הגנה ייחודית לאנונימיות במשפט המשווה

מ"ז. ואכן, בארצות-הברית אנו מוצאים מחלוקת בין ערכאות במדינות שונות, בשאלה אם די בהצגת תביעה טובה נגד גולש אנונימי כדי להביא לחשיפתו, או שמא יש מקום לאיזון נוסף המביא בחשבון את ההגנה על האנונימיות (נתייחס אך לכמה דוגמאות). דומה כי בית המשפט העליון של מדינת Delaware הוא בית המשפט המדינתי העליון הראשון בארצות-הברית שנדרש לסוגיה (בשנת 2005). הכרעתו היא שאין לייחס משקל נוסף לאנונימיות, ודי בהצגת תביעה טובה, שהייתה שורדת בקשה למתן summary judgment, בהליך שבו הייתה ידועה זהות הגולש:

T

"We conclude that the summary judgment standard is the appropriate test by which to strike the balance between a defamation plaintiff's right to protect his reputation and a defendant's right to exercise free speech anonymously [...]

H

[...]

J

[...] The summary judgment test is itself the balance".

.(Cahill [86], at pp. 460–461, Doe v. Cahill, להלן: עניין Cahill).

T

המבחן היחיד הוא אם הציג התובע תביעה טובה המגלה עילה (בית המשפט במדינת Delaware התייחס לאמת המידה של summary judgment. בתי משפט אחרים התייחסו לאמות מידה אחרות). אם הוצגה תשתית כאמור, יש לחשוף את

זוהת הגולש האנונימי ללא צורך באיזונים נוספים. מסתבר שההנחה היא כי אם מדובר בתביעה טובה, העומדת במבחני הפסיקה במקרה של הליך רגיל, אין מקום להגנה נוספת על חופש הביטוי רק כיוון שהנתבע בחר להתבטא באופן אנונימי.

א

מ"ח. גישה דומה ננקטה (בשנת 2009) בבית המשפט לערעורים של Washington, D.C. (הערכאה העליונה במחוז הבירה) בתיק שבו נטען כי גולש אנונימי מסר לצד שלישי, המפעיל אתר אינטרנט, מידע (שהתברר כשקר) שלפיו עושה התובעת שימוש "פירטי" בתוכנות מחשב. לשיטת החברה התובעת, היה במידע זה משום הוצאת דיבה וגם משום פגיעה נזיקית אסורה בעסקיה (tortious interference with prospective advantageous business) "Solders, Inc. v. Doe [107], at p. 948 – opportunities"; להלן: עניין Solers). התביעה נדחתה לגופה – כיוון שלא הוכחו יסודות העוולה – אך בית המשפט לא נמנע מדיון עקרוני בשאלה בדבר אמות המידה לחשיפתם של גולשים אנונימיים. בית המשפט נדרש לתיק בפרספקטיבה של תביעת הדיבה, התייחס למבחן ההוכחה של התביעה הפוטנציאלית (the test we now adopt closely) "resembles the 'summary judgment' standard"; עניין Solers [107], בעמ' 954), ולצורך ביידוע הנתבע הפוטנציאלי על דבר ניהולה (יש לזכור כי כיוון שהתביעה התנהלה כתביעת John Doe, הרי שהנתבע הפוטנציאלי הוא גם הנתבע בהליך החשיפה). ברם, בכל הנוגע לנוסחת האיזון המהותית, נקבע:

ב

ג

ד

"We do not require a separate balancing test at the end of the analysis, nor do we require a showing that the plaintiff has exhausted alternative sources for learning the information. [...]"

ה

[...]

ו

"[W]e agree with the concurring judges in *Brodie* that a separate balancing test at the end of the analysis is not necessary" (Solers [107], at pp. 954–956).

ז

שיעור הדברים הוא כי אין להוסיף מבחנים או איזונים רק כיוון שהפרסום נעשה באופן אנונימי. ככל שהוכיח התובע כי הוא עומד באמות המידה, שנקבעו במקרים שבהם זהות הנתבע ידועה (ובתנאים המקדמיים האחרים שנקבעו), אין לייחס משקל מיוחד לאנונימיות, ויש להורות על חשיפת פרטיו של הגולש. עוד נדגיש כי העובדה, שהגולש האנונימי העביר את המידע לאתר שנועד לדיווח על שימוש בלתי חוקי בתוכנות, אליו ולא לאחר, הופכת מקרה זה למעניין במיוחד. זאת, כיוון שניתן היה לשקול הענקת הגנה מוגברת לפרסום מידע באתרים מסוג זה, עקב האינטרס הציבורי בהגנה על זכויות יוצרים. בית המשפט נדרש לשיקול זה אך, אף על פי כן, דבק במבחן הרגיל בדבר הוכחתה של עילת תביעה טובה.

מ"ט. גישה דומה ננקטה בבית משפט לערעורים במדינת קליפורניה. באותו מקרה, מי שהייתה יו"ר של חברה מסחרית ביקשה לחייב את חברת Yahoo! לחשוף את זהותם של גולשים אשר פרסמו מידע משמיץ על אודות החברה ומנהליה באחד מאתריה. בית המשפט פתח בסקירת חשיבותו של השיח האנונימי באינטרנט:

“The use of a pseudonymous screen name offers a safe outlet for the user to experiment with novel ideas, express unorthodox political views, or criticize corporate or individual behavior without fear of intimidation or reprisal. In addition, by concealing speakers' identities, the online forum allows individuals of any economic, political, or social status to be heard without suppression or other intervention by the media or more powerful figures in the field” (Krinsky v. Doe 6 [108], at p. 237).

אף על פי כן, חרף ההכרה בחשיבותו של השיח האנונימי, גם אותו בית משפט נקט גישה שלפיה אם הוכיח התובע ברמה הראויה (לשיטתו, מדובר ברמה של *prima facie*) כי הגולש עוול נגדו, אין צורך באיזון נוסף אל מול הזכות לביטוי אנונימי:

“When there is a factual and legal basis for believing libel may

have occurred, the writer's message will not be protected by the First Amendment. [...] Accordingly, a further balancing of interests should not be necessary to overcome the defendant's constitutional right to speak anonymously" ([108], at pp. 245–246).

א

גישה זו משקפת היגיון עיוני ברור. אם, לפי קורפוס ההלכות הקיים, מדובר בביטוי שאינו ראוי להגנה, אין בעובדה שהמפרסם המעוול בחר להסתתר מאחורי מסכה של אנונימיות כדי לפגוע בזכויותיו המוגנות של הנפגע. לגישה זו גם נודע מסר ערכי – שאליו נשוב וניתן ליבנו – כי התיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית, נס ודגל לחופש הביטוי, אינו עומד למגן לפוגע.

ב

נ. גם במשפט האנגלי, התנאים למתן צו מסוג *Norwich Pharmacal* [113] נגד ספקיות אינטרנט או נגד אתרי אינטרנט אינם שונים באופן עקרוני ממתן צווים מסוג זה נגד כל צד שלישי אחר. לא נקבעה מערכת כללים ייחודית לתביעות הנוגעות לחופש ביטוי או לאינטרס החברתי הטמון באפשרות לביטוי אנונימי (ראו, לדוגמה, פרשת *Sheffield* [112], שם הוחלו העקרונות שנקבעו בעניין *Mitsui & Co. Ltd. v. Nexen Petroleum U.K. Ltd.* [115], שעסק בחיוב חברה למסור מידע עסקי). בפרשת *Totalise* [114] הביא בית המשפט לערעורים מדברי הערכאה הראשונה, ודומה כי הדברים משקפים את גישתם של בתי המשפט האנגליים:

ג

ד

"I have no hesitation in finding that the balance weighs heavily in favour of granting the relief sought. To find otherwise would be to give the clearest indication to those who wish to defame that they can do so with impunity behind the screen of anonymity made possible by the use of websites on the Internet." ([114]. at para. 8).

ה

ו

הנה אותו מסר ערכי, שביסודו ניצב שמו הטוב של האדם.

ז

נוסחת האיזון: התועלת הציבורית באנונימיות

- א. ברם, חרף הגיונה הברור, גישה זו אינה ממצה את מכלול השיקולים והאיזונים שיש לתת עליהם את הדעת. מקובלים עליי דברי חברי המסנה לנשיאה בדבר התועלת החברתית-ציבורית שבמתן האפשרות להתבטא באופן אנונימי (במובחן מהתועלת למעוול הפרטי):
- ב. "היכולת לשמור על עילום שם היא לעתים תנאי לעצם האפשרות או הנכונות להתבטא. יש מצבים שבהם אדם שלא יוכל לדבוק באלמוניותו – לא יתבטא כלל. כך, למשל, בשל תחושות אישיות, כמו בושה או מבוכה או בשל לחצים חיצוניים וחששות מפני תגובת הסביבה [...] ייתכנו בהחלט מצבים שבהם המסרים החשובים ביותר – לאדם עצמו או לאחרים זולתו – יהיו עצורים בתוך האדם פנימה, ורק היכולת לומר את הדברים באופן אנונימי תוכל לפרוץ את החסמים" (פסקה 11).
- אכן, הגישה המתוארת מעלה אינה מצדדת, חלילה, באיסור על ביטוי אנונימי (עניין שבו דן בית המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת *McIntyre* [84] שאליה נדרש חברי בפסקה 11 לחוות דעתו). אף אין היא מאפשרת חשיפת גולשים שאינם מעוולים. אף על פי כן, סבורני כי ניתוח המכלול מחייב להתייחס ל"אפקט המצנן" שעלול להיות לאפשרות בדבר חשיפתם של גולשים מעוולים על השיח האנונימי שאינו עוולתי באינטרנט. וידגש: אין מדובר בפגיעה בזכות להביע דעות בעילום שם שאינן עוולתיות (שאליה נדרש חברי המסנה לנשיאה), אלא רק בחשש שמא אנשים יירתעו מעשיית שימוש שאינו עוולתי בה – שמא חלילה ישגו בתי משפט ויורו על חשיפתם שלא בצדק.
- נ"ב. על מעלותיה ועל יתרונותיה החברתיים של האפשרות להתבטא באופן אנונימי בשיח הציבורי אין צורך להכביר מילים. הכול יודעים כי אין דומים משובים אנונימיים לאלה הנערכים בגילוי שם (ראו בג"ץ 1919/09 בן עזרא נ' שר הביטחון [43], בפסקאות י"א וכו"ב); כי חושפי שחיתויות נוטים לעשות זאת, למצער – בשלב הראשון, בעילום שם (עניין ציטרין [26], בעמ' 358–359; אליהו הרנון "הגנה על יחסי אמון: היש להכיר בחסיון העתונאי?" [153], בעמ' 550–

551); כי לעתים הדרך היחידה, שבה יש בידי קבוצות מיעוט מסוגים שונים להביע את דעתן, היא בעילום שם – למצער, בשלבים מסוימים של ההתפתחות החברתית, אף כי הדברים עשויים להשתנות כחלוף זמן. עמד על כך בית המשפט העליון בארצות-הברית (מפי השופט Black) בפרשת Talley [109], לפני שנות דור:

א

“Persecuted groups and sects from time to time throughout history have been able to criticize oppressive practices and laws either anonymously or not at all” (Talley v. California [109], at p. 64).

ב

נ"ג. הכרה חוקתית מובהקת בישראל בחשיבותה של האנונימיות לשיח הדמוקרטי מצויה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, המורה על חשאיות הבחירות. בארה"ב כבר עמד על כך השופט Stevens בפרשת McIntyre [84] הנזכרת. אמנם, שני פסקי דין אלה (בפרשת Talley [109] ובפרשת McIntyre [84]) עוסקים בחוקיותם של חוקים האוסרים פרסום אנונימי, ולא באיזון בין האינטרס הציבורי באנונימיות לבין זכויותיו של נפגע בניזקין (וייתכן שבהקשר זה יש להעמיד גם את דברי חברי המשנה לנשיאה לגבי "הזכות לאנונימיות"). אולם, יש בהם כדי ללמד על התועלת החברתית שבמתן האפשרות לשיח אנונימי. האתגר הוא אפוא לאזן בין החשש מפני אפקט מצנן שעלול להגביל את מימושה של "הזכות לאנונימיות" – שאולי היא נגזרת טובה של "זכות הצעקה" הנתונה, כביטוי של הסופר י"ח ברנר, גם למי שאין לו "זכות דיבור" – לבין האפשרות לזכות בפיצוי בעקבות פגיעה בת עוולה.

ג

ד

ה

נ"ד. ואכן, בכמה מדינות בארצות-הברית נקבע כי אף אם הוכיח תובע עילת תביעה טובה (קרי, אף אילו הייתה התביעה מתקבלת לוא הייתה זהות הנתבע ידועה), על בית המשפט לאזן גם בין הזכות לאנונימיות לבין האינטרס של התובע לעמוד על זכויותיו (לדידי, ניתן להקיש מכך גם לשאלת האיזון אל מול החשש מפני אפקט מצנן). כך, לדוגמה, בבית המשפט לערעורים של מדינת New Jersey נדונה (בשנת 2001) תביעה של חברה שטענה כי גולשים אנונימיים פרסמו באתר אינטרנט שהפעילה Yahoo! מידע משמיץ אשר יש בו משום

ו

ז

א הוצאת דיבה. תביעת החברה לחשיפת זהותו של אחד הגולשים נדחתה (בשתי ערכאות), משום שלא הוכחה התקיימותם של כל יסודות העוולה. ברם, מעבר לצורך, קבע בית המשפט כללים מנחים בשאלת חיובה של ספקית אינטרנט לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים. בניגוד לפסיקה שהובאה מעלה, סבר בית משפט זה כי אף אם הייתה התובעת מוכיחה שבידה תביעה טובה נגד הגולשים, נדרש איזון נוסף שעניינו הפגיעה בשיח האנונימי:

ב

“Finally, assuming the court concludes that the plaintiff has presented a prima facie cause of action, the court must balance the defendant’s First Amendment right of anonymous free speech against the strength of the prima facie case presented and the necessity for the disclosure of the anonymous defendant’s identity to allow the plaintiff to properly proceed” (Dendrite Int’l, Inc. v. Doe [87], at pp. 760–761).

ג

ד

פסק דין זה אמנם אוזכר ונותח על ידי ערכאות רבות במדינות שונות בארצות-הברית. אולם, בשולי הדברים, נציין כי הנושא לא הובא לפני בית המשפט העליון של מדינת New Jersey – אם כי האחרון נדרש לפסק הדין בעניין [87] Dendrite בהערת שוליים והדגיש כי אין הוא מביע דעה לגבי אמות המידה שנקבעו בו [110] State v. Reid, בעמ' 35, הערת שוליים 4).

ה

נ"ה. הצורך באיזון נוסף, נוסף להוכחת קיומה של תביעה טובה, נקבע (ברוב דעות) גם בבית המשפט העליון במדינת Maryland. גם במקרה זה נדחתה התביעה לגופה, אך בית המשפט החליט לנסח אמות מידה מנחות לערכאות הדיוניות במקרים עתידיים. בין היתר, נקבע רף ראייתי של *prima facie* ואומץ המבחן הנוסף שנקבע בפרשת [87] Dendrite:

ו

“[I]f all else is satisfied, balance the anonymous poster’s First Amendment right of free speech against the *strength* of the *prima facie* case of defamation presented by the plaintiff and the necessity for disclosure of the anonymous defendant’s

ז

identity, prior to ordering disclosure" (Indep. Newspapers, Inc. v. Brodie [111], at p. 433; ר' א' – ה.ה.ג.ש.ת. הוספו – א' ר').

נ"ו. אולם, שלושת שופטי המיעוט שם (מפי השופט Adkins) קבעו – ברוח הדברים שנאמרו מעלה – כי שיטת המשפט, בשנים רבות של פסיקה וחקיקה, הסדירה את מערכת האיזונים בין חופש הביטוי לבין אינטרסים נוגדים, כי הסדרים אלה הם הסדרים ממצים וכי אין מקום לאיזון נוסף מלבד האיזון שנקבע בדין המהותי הקיים. עוד הם מוסיפים כי אין זה ברור מהם אותם איזונים שיש לערוך נוסף לאלה שקבועים בדין המהותי, מה ההצדקה להם וכיצד עשויים הם להשפיע על האיזונים שנקבעו עד הלום:

"[T]he majority grants judges that discretion, without specifying how the interests that trial courts are to balance differ from the interests that are already balanced in developing the substantive law of defamation. I fear that the majority decision invites the lower courts to apply, on an *ad hoc* basis, a 'superlaw' of Internet defamation that can trump the well-established defamation law. This newly granted balancing authority, ironically, may defeat the balance developed through the judicially developed defamation law when judges refuse to require disclosure of the identity of putative defendants. In doing so, it may become an obstacle to pursuit of legitimate causes of action" ([111], at p. 459, Adkins, J.).

נוסחת האיזון – הכרעה

נ"ז. דברים אחרונים אלה של שופטי המיעוט – העולים בקנה אחד עם דעת הרוב בשלוש המדינות הנזכרות מעלה – מקובלים עליי. סבורני כי, ככלל, כאן מונחת נקודת האיזון. לשון אחר: אם אכן הוכח שלפי האיזונים המקובלים בדין המהותי קיימת למבקש החשיפה עילת תביעה טובה (על גדריה המדויקים נעמוד בהמשך), ראוי להורות על חשיפה. אכן, אף אם עלול להיטען כי לעניין זה נודע

א אפקט מצנן מסוים על השיח האנונימי שאינו עוולתי – ולטעמי, לא כך הוא – הליכה בדרכו של בית המשפט קמא, שדרש "דבר-מה נוסף", עלולה לפגוע בשורת האיזונים שכבר התקבלו בפסיקה במשך שנים כה רבות.

ב נ"ח. נקיטת עמדה זו, העולה ביסודה בקנה אחד עם עמדתה הנזכרת של סגנית הנשיאה פלפל, אינה נובעת אך מהעיקרון, שלפיו אם נפגע אדם כתוצאה מעוולה יש לאפשר לו לתבוע פיצוי ממזיקו, אלא גם מכך שלחלופה השנייה – קביעת מערכת כללים נפרדת לעוולות שבוצעו באינטרנט בעילום שם – עלול להיות מחיר כבד בדמות חוסר ודאות וחוסר אהידות ביישום הדרישה לאותו "דבר-מה נוסף", דבר שעלול לחזור ולהשפיע גם על איזונים שהתגבשו בפסיקה לאורך עשרות שנים בתביעות "רגילות" – על הפגיעה בזכויות, ובראשן השם הטוב, המשתמעת מכך.

ג נ"ט. אם תישמע דעתי, תהיה ברירת המחדל כי כאשר מראה תובע שיש בידיו תביעה טובה נגד גולש מעוול אנונימי, יורה בית המשפט על חשיפה. קרי: אם מדובר במקרה – שבו, אם היתה זהות הגולש ידועה, הייתה תביעה נגדו מתקבלת – יש להורות על חשיפת זהותו. אמרתי "ברירת מחדל", כיוון שלדידי, והדברים נאמרים בנשימה אחת, יש להותיר את סמכותו של בית המשפט להורות על חשיפה כסמכות שבשיקול דעת (בדומה להלכה בעניין צווי *Norwich* [113] *Pharmaceutical*), וייתכנו מקרים שבהם יימנע בית המשפט מהורות על חשיפה.

ד ס. לדוגמה, בית המשפט יימנע מלידתן סעד למי שעושה שימוש בזכות התביעה בחוסר תום לב. בית המשפט יבחן אם באמת מתכוון התובע לממש את תביעתו או שמא מדובר ב"מסע דיג" לצורך זיהוי המפרסם (עילת התביעה שבה אנו מציעים להכיר, בדומה לצווי *Norwich Pharmaceutical* [113], נועדה לאפשר עמידה על זכויות משפטיות, ולא נקמנות גרידא). הוא הדין בתביעות קטנוניות שיש לראות בהן משום "זוטי דברים". עוד יש לזכור כי, כשם שלא כל קריאת גנאי ברחובה של עיר מקימה עילת תביעה, כך אף לא כל פרסום מגנה ומגונה באינטרנט מקים עילה. רבות מן התגובות באינטרנט הן דברי הבל ברמה ירודה, שכל בר דעת מבין כי אין לייחס להן כל משקל, וערכן "העוולתי" הוא בהתאם.

יש להתחשב בסיכויים שחשיפתה של כתובת IP אכן תביא לזיהוי המפרסם (ועל כן בהמשך) וגם, במידה מסוימת, בטרחה הנגרמת לספקית או למפעילי האתר (לשאלת הטרחתם של צדדים שלישיים בהליכים שאין הם צד מעוניין בו ראו: רע"א 1016/08 ע.א.מ. קונדוס בע"מ נ' אגס ירוק מסחר ושירותים בע"מ [44], בפסקה ו'; ע"א 1167/01 עיריית ראשון-לציון נ' בנק הפועלים בע"מ [45], בפסקה 12; בהקשר הספציפי של צווי [113] *Norwich Pharmacal*, ראו גם: *Ashworth Hosp. Auth. v. M.G.N. Ltd.* [117]; *U.M.C.I. Ltd. v. Tokio Marine & Fire (Ins. Co. (Singapore) Pte. Ltd.* [124]

רמת ההוכחה של התביעה הפוטנציאלית

ס"א. בכל הנוגע לרמת ההוכחה של התביעה הפוטנציאלית, מקובלת עליי גישתו של בית המשפט קמא:

"על התובע להראות שסיכוייו לזכות בתביעה טובים. לא סגי ברף הנמוך של יכולת לשרוד בקשה למחיקה על הסף. מנגד, אין לדרוש מהתובע להראות שהנתבע האלמוני לא יוכל להעלות בתשובה לתביעה טענת הגנה של ממש, כפי שנדרש כדי למנוע פרסום מראש [...] בהקשר זה, על בית המשפט לבחון במיוחד אם הביטוי הפוגע חורג מגדר הבעת דעה מותרת ועשוי להיות לשון הרע מבלי שתעמוד לנתבע ההגנה של הבעת דעה" (פסקה 38).

ס"ב. כפי שניתח את הדברים בית המשפט העליון במדינת Delaware בעניין *Cahill* [86], לקביעתו של רף הוכחה נמוך יותר עלול להיות אותו אפקט מצנן שיפגע יתר על המידה בחופש הביטוי באינטרנט:

"We are concerned that setting the standard too low will chill potential posters from exercising their First Amendment right to speak anonymously. The possibility of losing anonymity in a future lawsuit could intimidate anonymous posters into self-censoring their comments or simply not commenting at all" (*Cahill* [86], at p. 457).

כמובן, על התובע להציג תשתית עובדתית אך ורק בהתייחס ליסודות התביעה המצויים בשליטתו ושאינם תלויים בידיעת זהותו של הגולש (פרשת Cahill [86]; פרשת Solers [107]; Mobilisa, Inc. v. Doe [88]). אין הוא נדרש להוכיח, לדוגמה, כי הגולש האנונימי אינו קטין הפטור מאחריות בנוזיקין. בסופו של דבר, יש לזכור, מדובר בתביעה שעניינה אירוע שכבר התרחש, בדברים שכבר פורסמו. על כן, התשתית העובדתית העיקרית כבר מצויה לפני בית המשפט, והיכולת לעמוד על טיבה של התביעה ועל סיכוייה אינה שונה באופן ניכר מהיכולת לעמוד על טיבה בהליך הרגיל.

תנאים מוקדמים לקבלת תביעה לחשיפת זהותו של גולש מעול

ס"ג. בית המשפט קמא התייחס למספר תנאים מוקדמים נוספים, בכללם: (1) על התובע להראות כי מיצה את יתר האפשרויות לחשיפת זהות המפרסם, לרבות פרסום פנייה ישירה לגולש באתר שבו פורסם הביטוי המשמין; (2) יידוע הגולש על הכוונה לנקוט הליך משפטי ויידועו על זכותו להגיש התנגדות במעמד צד אחד ובלי שזהותו תיחשף; (3) פרטי הגולש יימסרו תחילה לבית המשפט, וזה יידע את הגולש בדבר ההליך ויאפשר לו להתנגד לחשיפה; (4) התובע יישא בהוצאות איתורו של הגולש ויפקיד סכום בהתאם בקופתו של בית המשפט.

ס"ד. חוששני כי לרוב התנאים אין בידי להסכים. עיקרם נובע מגישתו של בית המשפט קמא שלפיה יש לנהל את ההליך כתביעת John Doe שבה הגולש האנונימי הוא הצד שכנגד. אכן, מדובר בתנאים שהגיונם בצידם, ותמיכה מסוימת להם ניתן למצוא במשפט המשווה. כך, במקרים מסוימים, כדי לזכות בצו מסוג Norwich Pharmacal [113] על תובע להראות כי אין לפניו דרכים אחרות להשגת המידע (בקשר לחשיפתו של מקור עיתונאי ראו, לדוגמה: John v. Express Newspapers [118]; Special Hosps. Serv. Auth. v. Hyde [119]). אשר לדרישות שעניינן יידוע הגולש בדבר ההליך ומתן האפשרות להתנגדות – לאלה תימצא מקבילה, בין היתר, בחלק מהפסיקה האמריקנית שנסקרה מעלה.

ס"ה. ברם, סבורני כי לשאלה, אם יש בידי התובע אפשרויות אחרות לזיהוי הגולש המעוול, אמנם ייתכן משקל בגדרי שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט,

א וכבר התייחסנו לאינטרס שצדדים שלישיים לא ייגררו להליכים לא להם. אולם, אין לראות בפנייה מוקדמת או בפרסום הודעה באתר האינטרנט משום תנאי מוקדם הכרחי בכל מקרה (כמקובל לגבי צווי *Norwich Pharmacal* [113] וכדעתו של בית המשפט בעניין *Solers* [107]). גם הדרישות, שעניינן יידוע הגולש בדבר ההליך המתנהל ומתן האפשרות להגשת התנגדות חסויה, קשורות באופן ישיר להצעה לנהל את ההליך כתביעת John Doe, שאיני שותף לה.

ב ס"ו. לדידי, אל תהי התביעה כרוכה בתנאים בלתי מעשיים שיכבידו ושימאסו גם כשעסקינן בתובע תם לב. נזכר אני בשירו של איציק מנגר "על הדרך עץ עומד", על הילד המבקש להפוך לציפור ולעוף, אך אמו מרעיפה עליו בגדי חורף מרובים עד כי אומר הילד:

ג "בְּדֵי עֵמֶל אֶפְלֵשׁ כְּנָפֵי,

פִּי רֵב, כִּי רֵב הַלְבוּשׁ הוּא,

שְׁבוּ עֲטוּף עֲטֹפָה אִמִּי

כֶּן-כְּנֵף, חֲלוּשׁ הוּא.

ד וּבְעֵינַי אִמִּי אֲצִיץ,

נִפְשִׁי כִּי מִשְׁתַּחֲחַת.

ה מְנַעַה מִמְּנִי אֶתְבַּתֵּה

לְהִיּוֹת צְפוּר פּוֹרְחַת".

איציק מנגר שירים ובלדות [140], בעמ' 220–221. מנגד, כפי שיפורט, סבורני כי יש לקבוע שבטרם העברת המידע המצוי בידי הספקית לתובע, יעיין בו בית המשפט בעצמו – ולכך נפנה עתה.

ו עיון בית המשפט במידע שלגביו נטען חיסיון

ז ס"ז. בשנים האחרונות התקבלה בפסיקתו של בית משפט זה התפישה שלפיה, בבואו להכריע בטענת חיסיון, על בית המשפט לעיין במסמך שלגביו נטען החיסיון, בהתאם לסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות סדר הדין האזרחי:

א "טענת
חסיון 119. הוגשה בקשה למתן צו למסירת שאלון, או לעיון
במסמכים, ונטענה טענת חסיון לגבי שאלה
פלוגית או מסמך פלוני, רשאי בית המשפט או
הרשם שלא להעתר לבקשה לענין אותה שאלה
או אותו מסמך, ולשם כך רשאי הוא לעיין
במסמך כדי להחליט אם יש ממש בטענה זו; אין
ב האמור בזה בא לגרוע מזכותה של המדינה לסרב
להראות מסמך".

אכץ, משכבר הימים פורשה תקנה זו ככרוכה בחשד בכנות תביעת החיסיון,
ועל כן כמי שאינה מיועדת לשימוש בדרך שיגרה" (רע"א 2498/07 מקורות חברת
מיס בע"מ נ' בר [46], בפסקה י'(1)). אולם, כיום נשתנה הגישה והכלל הוא עיון:

א "תקנה 119 מיועדת ליתן בידי בית המשפט כלי חשוב לעריכת איזון
האינטרסים הנדרש בכגון דא. היא משרתת את התכלית בדבר
[צמצום] החסיונות והרחבת הגילוי. היא מבטיחה שבית המשפט
יוכל להכריע בשאלת החיסיון מבלי לעמוד מאחורי 'מסך בערות'.
היא מסירה את הלוט מעל המסמך ומאפשרת בכך לבית המשפט
ללמוד, בין השאר, על חשיבותו עבור בעל הדין המבקש לעיין בו
ועל התועלת שגלומה בו בהתחשב גם בראיות אחרות גלויות; הנזק
שעלול להיגרם עקב חשיפת המסמך; על המטרות שעמדו ביסוד
הכנתו של המסמך; ועל האפשרות לתחום את הגילוי באופן
שתוגשם התכלית של עשיית צדק מבלי לפגוע יתר על המידה במי
מבעלי הדין (עניין סקולר הנ"ל).

א לאור השיקולים הללו, נראה כי במחלוקות מהסוג הנידון כאן, הכלל
צריך להיות שימוש בתקנה 119, ורק מקום שבו עיון של בית
המשפט במסמך שבמחלוקת אין בו כדי לתרום להבהרת טענת
החסיון, יייתיר הצורך בעיון כזה" (רע"א 5806/06 עיזבון המנוח
נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' שימקו [47], בפסקה 11, המשנה לנשיאה
ריבלין).

ראו גם: רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' לוין [48]; עע"מ 4757/08 קליד כימיקלים שיווק (1994) בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון [49]; רע"א 7867/06 פקיד שומה חיפה נ' לוסקי [50].

א

ס"ח. דומה בעיניי כי שיקולי מדיניות אלה יפים, ביתר שאת, גם בענייננו. זאת, גם בשל המורכבות הטכנית הנובעת מהעובדה שלא תמיד מובילה חשיפתה של כתובת IP באופן ישיר לזיהוי הגולש שפרסם את התכנים העולתיים – ומנגד, עלולה היא לפגוע בזכויותיהם ובפרטיותם של צדדים שלישיים שאינם קשורים לפרסום:

ב

"חשיפת שם המנוי-המשתמש, שעשה שימוש בכתובת ה-IP בעת הפרסום המשמיץ, אינה ערובה לחשיפת זהותו של הכותב. מי לידינו יתקע כי המשתמש הוא גם הכותב שפרסם את לשון הרע. לדוגמה: אם המשתמש הוא עסק או משרד שבו עשרות עובדים, ספק אם ניתן יהיה לזהות מי ישב ליד המחשב ושיגר אל החלל הוירטואלי את הפרסום המשמיץ. גם בבית פרטי, הדודה מחדרה שהגיעה לביקור קצר, בכחינת אורח נטה ללון, עשויה הייתה להשתמש במחשב. אף ייתכן, שהדודה מחדרה רכשה כמתנה לאחייניה האהובים בתל אביב את שם המשתמש, ולה עצמה אין כל קשר לשימוש בפועל" (פסקה 43 לפסק הדין קמא).

ג

ד

מסיבה זו, בטרם יורה על חשיפה, על בית המשפט לעיין במידע, שיש בידיה של ספקית האינטרנט להמציא, ולשקול את התועלת הפוטנציאלית שבהעברת המידע לתובע, לרבות היותו של התובע תובע סדרתי או טרדן מקנטר.

ה

ס"ט. כיוון שמדובר בהליך המתנהל בין שני צדדים ושעניינו הוא חשיפת מידע הנוגע לצד שלישי, היא בית המשפט רשאי, במקרים חריגים, ליישם את ההלכות המאפשרות לצד שלישי להישמע בטרם חשיפת מידע על אודותיו (ראו: בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית [51]; עניין סקולר [16], בעמ' 774; בר"ע (מחוזי י"ט) 3186/07 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' בביאן [57]; בר"ע (מחוזי י"ט) 1002/09 העצני נ' וילנאי-פדרבוש [58]; ת"א (מחוזי חי') 726/05 אטיאס נ' קפה דיזל בע"מ [59]; יצחק עמית "קבילות", סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי

ז

א במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" [147], בעמ' 290–291). אכן, ככלל, במקרים אלה זהותו של הצד השלישי ידועה לצדדים, ואילו כאן הזהות עצמה היא המידע המבוקש. אולם, דומה כי אם יסבור בית המשפט שאין מנוס משמיעת הצד השלישי (וכזכור, מדובר בבעל כתובת ה-IP אך לאו דווקא במפרסם ההודעה), קיימת תשתית דיונית המאפשרת זאת. ויודגש: אין מדובר בתביעת John Doe. הגולש המעוול אינו צד להליך, ולכן חרף מורכבותה של אפשרות זו אין היא לוקה בקשיים העקרוניים שעליהם עמד חברי המשנה לנשיאה (פסקאות 29–30).

ב ע. סוף דבר: הפסיקה הקיימת (לגבי תקנה 119 ולגבי שמיעתם של צדדים שלישיים) מציבה תשתית דיונית איתנה המאפשרת לבית המשפט מרחב תמרון דיוני בטרם יורה על חשיפה. כלי נוסף המאפשר להגן על זכויותיו של הגולש האנונימי בטרם חשיפתו מצוי בדין האנגלי. בפסק דינו בפרשת [114] *Totalise* נדרש בית המשפט לערעורים לעובדה שבדיון לקבלת צו מסוג *Norwich* [113] *Pharmcal* (שכמוצע כאן, אינו מתנהל כתביעת John Doe) הצד המעוניין האמיתי – הנתבע הפוטנציאלי – אינו נוכח, ולכך שלגוף האמון על ייצוג האינטרסים שלו (לענייננו: ספקית האינטרנט) אין אינטרס אמיתי לנהל הליך יקר לטובתו:

ה "It is difficult to see how the court can carry out this task if what it is refereeing is a contest between two parties, neither of whom is the person most concerned, the data subject; one of whom is the data subject's prospective antagonist; and the other of whom knows the data subject's identity, has undertaken to keep it confidential so far as the law permits, and would like to get out of the cross-fire as rapidly and as cheaply as possible" ([114], at para. 26).

ז פתרון אפשרי שמציע בית המשפט הוא מתן שיקול דעת להורות לספקית האינטרנט או למפעיליו של אתר האינטרנט לפנות לגולש ולבקש את עמדתו הכתובה, וזו תובא לפני בית המשפט בלי שזהות הגולש תיחשף:

"However, the website operator can, where appropriate, tell the user what is going on and to offer to pass on in writing to the claimant and the court any worthwhile reason the user wants to put forward for not having his or her identity disclosed. Further, the court could require that to be done before making an order. Doing so will enable the court to do what is required of it with slightly more confidence that it is respecting the law laid down in more than one statute by Parliament and doing no injustice to a third party, in particular not violating his convention rights" ([114], at para. 26).

א

ב

רעיון דומה הועלה בפסק הדין בפרשת *Solers* [107] בגדרי החובה שהוטלה על תובע לידע את הגולש הפוטנציאלי על אודות ההליך המתנהל נגדו (שם, כהליך מסוג John Doe). אציין בהטעמה: הדבר נתון לשיקול דעת, ובית המשפט אינו חייב להיכנס לתהליך זה. אל נשכח, שמו הטוב של אדם בכף המאזניים, ונשוב ונאמר שאין מקום להטביע אותו בים של תנאים עד כדי אי יכולת לתבוע.

ג

ד

ע"א. ולבסוף: בכל הנוגע לתנאי האחרון שאליו נדרש בית המשפט קמא – חיוב התובע לשאת בהוצאות הספקית – סבורני כי מדובר בקביעה ראויה והוגנת. ככלל, כל עוד מתנהלת הספקית בתום לב, על התובע לשאת בהוצאותיה. ככל שיאותר הגולש המעוול וינוהל נגדו הליך עצמאי, יוכל התובע להיפגע ממנו בגין הוצאות אלה (הסדר דומה קיים באנגליה בכל הנוגע לצווי Campaign [113] *Norwich Pharmacal*; ראו: פרשת *Totalise* [114], וכן Campaign [120] *Against Arms Trade v. BAE Sys. Plc*).

ה

סיכום

ו

ע"ב. בטרם נפנה ליישום הדברים בנסיבותיו העובדתיות של תיק זה, נסכם בקצרה את האמור. בשש השנים האחרונות הכירו בתי משפט בישראל בעילת תביעה המאפשרת לתובעים פוטנציאליים לחייב ספקיות אינטרנט ומפעיליהם של אתרי אינטרנט לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים. אף אם לעת הזאת

ז

אין בדין החקוק עילת תביעה כאמור, יש לראות בה, לדעתי, יצירה שיפוטית שנוצרה בערכאות הדיוניות עקב בצד אגודל, תיק אחרי תיק.

א

ע"ג. כאמור מעלה, בהיעדר חיסיון בדין הפוטר ספקיות אינטרנט ממתן עדות לגבי לקוחותיהן, ההכרה בעילת תביעה ישירה אינה משונה באופן קיצוני את מערך הזכויות והציפיות המהותיות. זאת, שכן את המידע שעילת התביעה החדשה מאפשרת לקבל בהליך עצמאי, ניתן היה לקבל קודם לכן במהלך מתן עדות בתיק קיים. אכן, אין ספק שעדיפה הייתה הסדרה חקיקתית, כמשאלתו של חברי המחנה לנשיאה, ומסתבר כי כך יקרה בעתיד. אף אין ספק כי, ככל שתיווצר סתירה בין חקיקה עתידית "לבין המשפט המקובל, יד החוק על העליונה" (ברק, שופט בחברה דמוקרטית [133], בעמ' 232), אך לעת הזאת, בהיעדר חקיקה, הכירו בתי המשפט בעילת תביעה, וסבורני כי אין מקום לקבוע עתה אחרת.

ב

ג

ע"ד. אשר להליך המתאים, אם תישמע דעתי, נקבע כי ההליך המתאים הוא המרצת פתיחה נגד הספקית, שתוגש לבית המשפט המוסמך לדון בתביעה הפוטנציאלית. בהמרצת הפתיחה יכלול התובע את מלוא הפרטים לגבי אותה תביעה פוטנציאלית, ואם יתרשם בית המשפט כי יש בידי התובע תביעה טובה, יפעיל את שיקול דעתו ויחליט אם להורות על חשיפת המידע. חשיפת המידע תיעשה רק לאחר שבית המשפט עצמו עיין במידע. עוד אציין כי אני מתעלם מהעובדה שכיום קיימות ברשת האינטרנט אפשרויות טכניות להסוות את זהות הכותב ואת כתובת ה-IP באופן שיקשה מאוד, אולי אפילו יהפוך לבלתי אפשרי, לעמוד על מקורם של פרסומים. אכן, ייתכן שגולש מעוול אשר יבחר לעשות שימוש בכלים אלה יוכל לחמוק מההסדרים ומהאיוזונים המתוארים בפסק דין זה. ברם, עצם קיומה של אפשרות זו אינו מצדיק להתעלם מהסדרת האפשרות לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים באותם מקרים שבהם הדבר אפשרי. מדובר רק בחשיפת זהותם של גולשים אנונימיים שלגביהם הונחה תשתית עובדתית מספקת כי ביצעו עוולה. שיח אנונימי שאינו עוולתי ימשיך להתקיים ברשת האינטרנט, ובתי המשפט יתרמו את חלקם בהבטחתו.

ד

ה

ו

ז

ע"ה. ולבסוף, נאמר כי אמנם מדובר ביצירה שיפוטית, ומטבע הדברים, בשלביה הראשונים אין היא מגובשת ואחידה. ברם, במספר רב של החלטות במשך כמה שנים נקטו בתי המשפט גישה זהירה, ולא ניתן לומר כי נעשה בסמכות שימוש מופרז או כי ידם של בתי המשפט הייתה קלה על הדק החשיפה. התנהלות זהירה זו לאורך השנים מחזקת אותי בבחירתי להצטרף לכל אותם מותבים שהכירו בשנים האחרונות בעילת תביעה זו.

א

יישום בנסיבות

ב

ע"ו. כזכור, ראשיתו של ההליך דנא היא בשתי בקשות שונות לחשיפת זהותם של גולשים שהגיש המערער לבתי משפט השלום. שתי הבקשות נדחו, והדיון בשתי הבקשות לרשות ערעור אוחד בבית המשפט המחוזי. בית המשפט קבע כי הפרסומים מושא בר"ע 850/06 אינם מעלים "סיכוי טוב לתביעה" ואין מקום לשקול את חשיפת הגולש העומד מאחוריהם:

ג

"על פניו, לפנינו התבטאות חד-פעמית של לקוח/ה מאוכזב/ת, שאינה עוצמתית או בעלת מטען שלילי במיוחד, וגם הפרסומים הנוספים נחזים כהבעת דעה לגיטימית, כך שהפרסום אינו עומד ברף הראשוני של סיכוי טוב לתביעה" (פסקה 48).

ד

ע"ז. מנגד, לגבי הפרסומים מושא בר"ע 1632/07, קבע בית המשפט כי היה מקום להורות על חשיפת הגולש:

ה

"נחזור ונשים נגד עיננו את תוכן הדברים:

'רמי מור שרלטן... רמי מור הוא גנב... די נמאס מהשרלטן
רמי מור הזה... הלו, רמי מור די נשבר ממך שבכל פורום
אתה מכניס הודעות מפוברקות שלך ומבלבל את הביצים
לגולשים. אתה אפילו לא אחות מעשית... רמי מור – דיר
בעלק ממנו'.

ו

אופי הביטוי: הפרסומים נוגעים למשלח ידו ולמקצועו של המבקש
כמטפל אלטרנטיבי בבעיות עור, אך לאור הזהות בין המבקש לבין

ז

א משלח ידו, אין לראותם כפרסומים בתחום העסקי גרידא, אלא כפרסומים הנופלים ב'תפר' בין המישור הפרטי למישור העסקי-מסחרי.

ב סוג האתרו: הפרסומים נעשו באתר [...] המציג את עצמו כאתר הבריאות המוביל בתחומו, ובו מספר רב של פורומים, ורופאים המשיבים לשאלות הגולשים, ונראה שהקורא הסביר מייחס משקל לדברים המתפרסמים בו [...]

ג תוכן הביטוי וסיכווי התביעה: התבטאויות אלו, הנפרסות על פני תקופה של שלושה חודשים, נושאות לכאורה אופי של 'מערכה' כנגד המבקש, ונראה כי נכתבו על ידי אותו גולש.

ד הפרסומים תוקפים את המבקש במישור האישי תוך שימוש בכיטויים נוסח 'גנב' ו'שרלטן' המשחירים את פניו, והכותב האנונימי אף פוגע במהימנותו של המבקש במסגרת הפורום, בכך שהוא מייחס לו 'שתילת' הודעות מפוברקות.

ה פרסומים אלה, חורגים מאמירה או התבטאות של לקוח לא מרוצה, הם אינם מנומקים אלא נושאים ברובם כותרת משמיצה, הם חורגים מתנאי השימוש בפורום האוסרים על השמצות והתקפות אישיות, ויש בהם פוטנציאל של ממש לפגיעה בתובע במישור האישי ובמשלח ידו.

[...]

ו [...] אני נוטה לדעה כי הפרסום חורג מהבעת דעה לגיטימית ומקים לתובע עילת תביעה לכאורית שיש בה ממש" (פסקאות 49–50).

ז ע"ח. דומני כי לאור אמות המידה שהוצעו מעלה, מצב זה עשוי להצדיק חשיפה. ברם, בית המשפט קמא קבע כי כיוון שהחלטתו "מהווה שינוי באקלים המשפטי ששרר עד כה בכל הנוגע לפרסומים משמיצים באינטרנט" (פסקה 50), לא יינתן לה תוקף רטרוספקטיבי.

ע"ט. בעניין זה מקובלים עליי דברי חברי המשנה לנשיאה (פסקה 38) כי בנסיבות אין הצדקה משפטית לקביעת תחולה פרוספקטיבית בלבד (ראו עניין טולל בונה [18] הנזכר בדברי חברי; השור עוד: עדנה קפלן-הגלר "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" [154]; אברהם סהר "על פרוספקטיביות ורטרוספקטיביות ועל עיקרי מוסר, צדק, הגינות וביטחון משפטי" [155]). שמו הטוב של הזולת מוטל בכף. בית המשפט קמא התייחס לכך שפסק דינו משנה מאמות המידה שקבעה השופטת אגמון-גונן בעניין פלונית [60] ולכך שמדובר בשינוי "באקלים המשפטי". סבורני כי, אף אם אמות המידה שקבע בית המשפט קמא מקילות יותר מגישתה, הנה באותה תקופה התרוצצו בקרבה של מערכת המשפט כמה גישות, ובהן של סגנית הנשיאה פלפל. אין לומר כי בחירת גישה פלונית או שינוי הימנה הם שינוי באקלים המשפטי, בטרם פסק בית משפט זה את פסקו.

פ. סוף דבר: אם תישמע דעתי, יושב התיק לבית משפט השלום, וזה יעיין במידע המצוי בידי המשיבה ויחליט אם להורות על חשיפתו בהתאם לכללים שבפסק דין זה. לאור החשיבות הציבורית בכירור הסוגיה, ובשל מעמדה של המשיבה, שאינה פועלת בתיק זה אך לתועלתה הפרטית, אציע שלא נעשה צו להוצאות.

פ"א. ואחר אחר-הדברים האלה: עיינתי בהערות חברי המשנה לנשיאה בעקבות חוות דעתי. איני מקל ראש בערכה של האנונימיות לשיח הציבורי ובצביונה החוקתי. אדרבה ואדרבה, כפי שציינתי, יש בה חשיבות רבה (ראו פסקאות נ"א-נ"ג לחוות דעתי). איני יודע גם על שום מה תולה בי חברי – על לא עוול – אי הכרה בכך. חוששני כי חברי רואה בחוות דעתי צל הרים כהרים לעניין חופש הביטוי, גם חופש הביטוי הבוטה, ולעניין גורלו של השיח החופשי באינטרנט. אין רצוני כל עיקר לפגוע בחופש זה, אך אל תישכח גם ההגנה על זכויותיו של הנפגע, בראש ובראשונה – שמו הטוב, שלעת הזאת, לשיטת חברי, אין לה תרופה. ייתן כל אחד מאיתנו אל ליבו כיצד חש הוא כששמו הטוב הוא למרמס. הניסיון מראה כי רבים – וחברי אינו ביניהם – מנידים ראש לפגיעה בזולת ועוברים לסדר היום, עד שפגיעה מגעת אליהם עצמם. חבל כי בעת ההמתנה למחוקק, שאין לדעת כמה תימשך, נותר נפגעים בלא תרופה. זאת,

בשעה שלאורך כשש שנים חושפים בתי המשפט בישראל מידע בהקשר דנא, ועוד קודם לכן בארצות-הברית, ארץ חופש הביטוי, ואף על פי כן נמשך השיח האנונימי באינטרנט במלוא עוזו ולא נגרע מפריחתו דבר.

א

השופט א' א' לוי:

מה יש בהן, בתגובות ("טוקבקים") ובתגובות הנגד להן, שכה מלהיט את היצירים ומרבה את סערת הרגשות, אף כשמדובר ברוב מהומה על לא מאומה – לא אדע. אך בהזיירי את עצמי לבל אחרוג מן הכללים המקובלים – ושלא באורח אנונימי, כמוכן – אוסיף אף אני את תגובתי לסוגיה החשובה שעל הפרק.

ב

במחלוקת שנתגלעה בין חבריי הנכבדים דעתי היא כדעתו של המשנה לנשיאה. חיובה של ספקית אינטרנט לגלות לתובע את זהותו של נתבע-בכוח, אין לו קיום משל עצמו. כל כולו נסמך על הימצאותה של עילה שבדין היוצקת חוליית קישור בין שני צדדים – התובע והספקית – שאחרת היו זרים גמורים זה לזה. חוליית קישור כזו מצויה, למשל, בחיובו של נציג מטעם הספקית להופיע כעד במשפט שבו מתבררת תביעתו של התובע (אז מקורה בתקנות 178 ו-184 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984), או בסמכותן של רשויות האכיפה לגבות ממנו הודעה בגדרה של חקירה פלילית (סעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996). אין היא קיימת, נכון לעת הזו, בכללי המשפט האזרחי המסדירים את היכולת להגיש ולברר תובענה אזרחית שהצדדים לה הם זה המלין על פגיעה בשמו הטוב ומי שנטען כי הוציא את דיבתו רעה. היא אינה מצויה אף בהוראת חוק המתווה מסגרת לביורורו של סכסוך שבין התובע לבין הספקית. קונסטרוקציות משפטיות אחרות – למשל זו המדברת בקשר הסכמי שאפשר שמתקיים, בתנאים מסוימים, בין כותב התגובה לבין ספקית התקשורת, כשם שהוא מתקיים מול האתר המפרסם – לא נדונו כלל לפנינו.

ג

ד

ה

ו

חסר זה מקורו, כפי שציינו חבריי, בפיגורו של הדין החקוק אחר המציאות הטכנולוגית. כידוע, אין זו הסוגיה היחידה הקשורה ברשת האינטרנט והנדרשת להסדר חקיקתי, אשר ככל שיקדים לבוא כן ייטב. אולם, אותו הסדר מחייב

ז

התייחסות למכלול רחב של פרמטרים. השפעותיו הן רבות והן משתרעות הרחק אל מעבר לגדרה של השאלה העומדת לדיון. סוגיית האנונימיות ברשת, שבה העמיק בדבריו הקולעים חברי המשנה לנשיאה ריבלין, היא אך אחת מבין אלה. עניין מהותי אחר הוא הגינותו של ההליך המשפטי ויכולתו של נתבע להתגונן מפני תובענה אשר מופנית נגדו. בלי למעט מן הקושי הפוקד בעלי דין בהמתנים להסדר אשר מבושש לבוא, אין אלה סוגיות ההולמות את קביעתם של הסדרים ראשוניים בהלכה פסוקה. תפקיד המחוקק הוא, ויש להניח כי זה ירים את הכפפה ויפעל בהקדם להשלמת הטעון השלמה.

א

ב

אני מצטרף, לפיכך, בהסכמה לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה.

ג

ניתן היום, י' בניסן התש"ע (25.3.2010)

ד

ה

ו

ז