בבית המשפט העליון

רע"א 4447/07

בפני:	כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין כבוד השופט א' א' לוי כבוד השופט א' רובינשטיין	
המבקש:	רמי מור	
	נ ג ד	
המשיבה:	ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ	
	בקשת רשות ערעור על החלטת בית-המשפט המחוזי בחיפה מיום 22.4.07 בבר"ע 1632/07 [פורסם בנבו] **שניתנה על-ידי כבוד השופט י' עמית**	
תאריך הישיבה:	ט"ז בסיון התשס"ט	(8.6.09)
בשם המבקש:	בעצמו	
בשם המשיבה:	עו"ד צפריר נגבי; עו"ד מאיה תגר	

מיני-רציו:

* ביהמ"ש העליון פסק ברוב דעות כי לא קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי באינטרנט, ואין "להמציא" מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית".

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – הזכות לאנונימיות

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – חופש הביטוי

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – זכות לפרטיות

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

* נזיקין – מחשבים – אינטרנט

* נזיקין – עוולות – לשון הרע

.

במסגרת פורום באתר אינטרנט פורסמו הודעות אנונימיות לגבי המבקש. המבקש סבור כי הודעות אלה מוציאות את דיבתו רעה והוא חפץ להגיש בגינן תביעה לפי חוק איסור לשון הרע. דא עקא, שאין הוא יודע את זהות הנתבע שכן ההודעות הן כאמור אנונימיות. לכן פתח המבקש בהליכים כנגד המשיבה, שהיא ספקית הגישה לאינטרנט, ודרש כי זו תגלה נתונים שברשותה (כתובת ה- IP) אשר יאפשרו לחשוף את זהותם של הגולשים-המפרסמים. ביהמ"ש המחוזי בחיפה, בדונו בבקשות רשות ערעור על החלטות של בימ"ש השלום, קבע כי דרישה זו בדין יסודה, והתווה לעניין זה אמות-מידה מנחות. עם זאת, החליט ביהמ"ש המחוזי לייחס לפסיקתו תוקף פרוספקטיבי ולא להחילה על עניינו של המבקש. מכאן בר"ע זו, אשר נדונה כערעור.

.

ביהמ"ש העליון, ברוב דעות (המשנה-לנשיאה א' ריבלין, בהסכמת השופט א' א' לוי, כנגד דעתו החולקת של השופט א' רובינשטיין) דחה את הערעור, מהטעמים הבאים:

הזכות לאנונימיות: במישור הכללי-החוקתי, כאשר אדם מבקש לשמור על האנונימיות שלו בהקשר של פרסום התבטאות מסוימת, עומדות לו שתי זכויות יסוד חשובות: הזכות לחופש ביטוי והזכות לפרטיות (כאשר חשיבותה של האלמוניות מקבלת משנה תוקף בהקשר של הגלישה באינטרנט). עם זאת, האנונימיות אינה חזות הכול. מחיר האנונימיות מתבטא בהעלאתם לרשת של פרסומים דיבתיים ללא אפשרות להגיש תביעה לפי חוק איסור לשון הרע. בכך עלולה להתאפשר פגיעה חמורה בזכות לשם טוב – זכות יסוד בעלת משקל רב במשטר חוקתי המכיר בכבוד האדם. ואולם, מאחר וכאמור הזכות לאנונימיות היא כאמור בעל מעמד חוקתי, בהיעדר הסדר חקיקתי המאפשר פגיעה בזכות זו – ברירת המחדל היא שאין אפשרות ליתן סעד של חשיפה ואין אפשרות "ליצור" סעד כזה בשיטת "המשפט המקובל" נוסח הערכאות הדיוניות.

העיסוק 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 במשפט האזרחי הישראלי, מסגרת דיונית כללית, שאיננה מתייחדת להקשר הספציפי של פרסומים פוגעניים באינטרנט, שבגדרה ניתן להורות לצד שלישי לחשוף את זהותו של אדם אחר כדי שניתן יהיה להגיש תביעה נגד זה האחרון בגין עוולה שביצע לכאורה.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

ביהמ"ש סבור כי לא קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, ואין "להמציא" מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית".

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

ביהמ"ש מבהיר, כי אין בדברים אלו, 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 ביהמ"ש. שנית, יש להניח ולקוות כי בסופו של דבר תתקבל חקיקה שתסדיר באופן בהיר ומפורט את הנושא הנדון, תיצור את המסגרת הדיונית הראויה ותתווה את האיזון בין השיקולים שלעניין.

התוצאה היא שאין לשנות מן התוצאה שאליה הגיע ביהמ"ש המחוזי, הגם שלא מנימוקיו.

בשולי הדברים ביהמ"ש מעיר – באשר לקביעתו של ביהמ"ש המחוזי כי במישור העקרוני הצדק עם המבקש אך אין להחיל את הפסיקה בעניינו – כי לו הוא היה חושב שקמה למערער זכות לקבלת הסעד של חשיפת זהותו של המפרסם האנונימי, אזי ללא ספק היה נקבע כי יש להוציא אל הפועל קביעה זו על עניינו. שכן, לא היה מקום ליתן במקרה זה תוקף פרוספקטיבי בלבד.

השופט אלייקים רובינשטיין (דעת מיעוט): 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. שכן, בשש השנים האחרונות הכירו בתי משפט בישראל בעילת תביעה זו ויש לראות בה יצירה שיפוטית שנוצרה בערכאות הדיוניות ואין מקום לקבוע עתה אחרת. הדברים אינם נובעים מרצון שיפוטי עז לעצב עילות וזכויות, אלא מן הצורך - ומכך שהמחוקק, מטבע הדברים, מתנהל לא אחת לאיטו. השופט רובינשטיין סבור כי ברירת המחדל תהיה, כי כאשר תובע מראה שבידיו תביעה טובה נגד גולש מעוול אנונימי - יורה ביהמ"ש על חשיפה; קרי, אם מדובר במקרה, בו אם היתה זהות הגולש ידועה היתה תביעה נגדו מתקבלת - יש להורות על חשיפת זהותו. הודגש כי יש להותיר את סמכות ביהמ"ש להורות על חשיפה כסמכות שבשיקול דעת (בדומה להלכה בעניין צוי Norwich Pharmacal) - ויתכנו מקרים בהם יימנע ביהמ"ש מהורות על חשיפה.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. במסגרת פורום 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 כנגד 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), שנלווית לכל הודעה שכותב גולש ברשת האינטרנט.

בית המשפט המחוזי בחיפה (כבוד השופט י' עמית), בדונו בבקשות רשות 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 בקשת רשות הערעור. ביום 8.6.2009, בעקבות הדיון שהתקיים, ניתנה רשות ערעור לפי הסכמת הצדדים. כמו-כן ניתנה לצדדים הזדמנות להשלים את טיעוניהם בסיכומים כתובים. המבקש עשה כן, המשיבה לא הוסיפה על הטיעונים שהעלתה קודם לכן.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

העובדות ופסק-הדין של בית המשפט המחוזי

2. הפרסומים שעליהם יצא קצפו של המבקש הם כאמור הודעות של גולשים – תגוביות ("טוקבקים" – talk back) – 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.

לגבי כל שלושת הפרסומים האלה הצליח המבקש, במסגרת ההליכים הקודמים, לקבל את כתובת ה- IP של המפרסמים, ועתה 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 לא עוסקת במפעילי האתרים שבהם פורסמו ההודעות.

3. בית המשפט המחוזי קבע כי הסמכות ליתן את הסעד המבוקש קבועה בסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, או בסעיפים 71-75 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בית המשפט הזכיר כי עוולות לפי חוק איסור לשון הרע, לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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, וזאת במסגרת "תביעה" נגד אותו

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

מפרסם שיכונה בינתיים – כך בית המשפט – "פלוני". בית המשפט הדגיש כי בדרך זו יוכל גם בית המשפט להתרשם מרצינותה של התביעה העיקרית לצורך הכרעתו בהליך הביניים הנסב על חשיפת הזהות. משמעות 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 ולא באה לשרת הליך עיקרי, הרי שהסמכות לדון בה נתונה לבית המשפט המחוזי. במקרה הנדון, כך ציין בית המשפט המחוזי, המבקש לא הגיש הליך עיקרי, אך הצהיר כי חשיפת זהות המפרסמים נועדה לשם קיום הליך כזה בעתיד. חרף זאת נכון היה בית המשפט המחוזי לראות בבקשה כאילו הוגשה כ"סעד ביניים" במסגרת "תביעה" לפי חוק איסור לשון הרע, המצויה בתחום-סמכותו של בית משפט השלום.

4. בית המשפט המחוזי ציין כי הנושא של חשיפת שמות מפרסמים אנונימיים ברשת האינטרנט טרם הוסדר בדבר-חקיקה, אם כי הזכיר שהוכן תזכיר חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו-2005, אשר עוסק בסוגיה וקובע מבחן של "חשש של ממש לביצועה של עוולה". 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 עשויה לקום עבירה פלילית של פרסום לשון הרע (בש"א (שלום י-ם) 4995/05 פלונית (קטינה) נ' בזק בינלאומי בע"מ, [פורסם בנבו], מפי כבוד השופטת מ' אגמון-גונן; להלן: עניין פלונית)). בית המשפט המחוזי סבר כי מבחן זה צר מדי ומעורר קושי יישומי.

בית המשפט המחוזי עמד גם על היחס המורכב שבין האינטרנט והמשפט, וציין כי למצער בכל הקשור "לגרעין הקשה" של חוק איסור לשון

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הרע, אין מניעה להחילו 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 והזכות לפרטיות. בית המשפט המחוזי עמד על תפיסת האנונימיות כנתון מובנה בתוך העולם

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הווירטואלי, וציין כי לא פעם הנכונות והיכולת להתבטא מותנית באפשרות לעשות כן בעילום-שם. מנגד הצביע בית המשפט על ניצול אפשרי של האנונימיות על-מנת להשתלח, להשמיץ ולפגוע מבלי ליתן על כך את הדין.

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 תגובית באינטרנט צריכה להיות מותנית בקיום "דבר מה נוסף". לעניין מהותו של "הדבר הנוסף" הציע בית המשפט מספר 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 – האם הוא איש ציבור – וקיומו של עניין ציבורי בפרסום; עוצמתו של הביטוי הפוגע ופוטנציאל הפגיעה בתובע; היותו של הפרסום חד-פעמי או להבדיל – חוזר ונשנה, ומשך הזמן שבו הפרסום נמצא 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".

5. בית המשפט המחוזי הוסיף והתווה מספר צעדים מקדימים שיש לנקוט בהם 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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

במעמד צד אחד, אם לפי תקנה 119 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ואם מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט". בית המשפט הוסיף כי על התובע לשאת בכל ההוצאות הכרוכות באיתורו ובחשיפת זהותו של המפרסם, 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 את הכותב האלמוני בדרישת-התנצלות.

6. נקודה נוספת שבית המשפט קמא נתן עליה את דעתו היא הקושי הטכני הקיים לעיתים בכל הנוגע לחשיפת זהותו של המפרסם. זאת, הן משום שכתובת ה- IP אינה בהכרח כתובת קבועה המשמשת את הגולש אלא לעיתים מדובר ב- "IP דינאמי" המשמש בפרק זמן קצר מספר 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 המשמיץ. בית המשפט המחוזי הטעים אפוא כי גם סוגיה זו, והאפשרות שחשיפת שם המשתמש תוביל להליכי-זיהוי עוקבים ולפגיעה בפרטיות של גורמים שאין להם דבר עם הפרסום, צריכות להיות מובאות בחשבון במסגרת ההכרעה בבקשת החשיפה.

עם זאת, דחה בית המשפט המחוזי את הטענה כי חשיפת זהותם של גולשים-מפרסמים עולה כדי הפרת חובת הסודיות שהמשיבה חבה ללקוחותיה. המשיבה לא 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 עבור הגולשים באינטרנט.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

7. באשר למקרה שלפנינו: בית המשפט קבע כי הפרסומים נופלים ב"תפר" בין המישור הפרטי לבין המישור העסקי, וזאת לאור הזהות בין המבקש למשלח 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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

טענות הצדדים

8. המבקש טוען כי משקיבל 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 שבו נקט נועד כל כולו לאפשר לו להגיש תביעת 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, כוזב ודיבתי. המבקש סבור כי בענייננו אין מדובר בחופש ביטוי כי אם בהתנכלות מרושעת. לשיטתו, אין משמעות להחלת חוק איסור לשון הרע על פרסומים ברשת האינטרנט אם לא ניתן לחשוף את זהותם של המפרסמים באמצעות פנייה לספק השירות. חשיפת

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

שבין המבקש לבין כותבי התגוביות, ולמעשה היא מצויה בתקן של "ידיד בית משפט". המשיבה סבורה כי לא קיימת הוראת חוק המאפשרת לחייב אותה לחשוף את זהותם של לקוחותיה ולהפכה "למלשין הלאומי", הכול תוך 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 שמות הלקוחות שהשתמשו בכתובת ה- IP לא בהכרח תוביל לכותב ההודעה.

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

חשיפת זהות של גולש "אנונימי" – הסבר טכני קצר

10. טרם שאכנס לעובי הקורה בשאלות שבמחלוקת, ראוי להקדיש מספר 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, רשת האינטרנט פועלת 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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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).

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

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 על-מנת לזהות את האדם-המעוול. עמד על כך בית המשפט המחוזי:

> 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, בבחינת 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.
> 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).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

יצוין בהקשר זה כי לא צריך 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 באמצעים השונים הקיימים כדי להסוות את זהותו, באופן ש"דווקא מי שמתכוון להכפיש, או לבצע עוולה אחרת

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ועושה זאת במכוון, לא ייחשף" (ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 עו"ד סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה), [פורסם בנבו]).

הזכות לאנונימיות

11. ככל שיכולתי 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 לא מדובר בהקשר יחיד שאין בלתו. הרי גם במצבים נוספים עשוי אדם, הרואה את עצמו קורבן 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.

במישור הכללי-החוקתי, כאשר אדם מבקש 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,

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

באופן אנונימי (ראו McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334 (1995)). השופט Clarence Thomas ציין באותו מקרה כי:

> 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 examples of the outpouring of anonymous political writing that occurred during the ratification of the Constitution… In this case, however, the historical evidence indicates the founding-

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> 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 p. 361).

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

היכולת לשמור על עילום-שם היא לעיתים 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*, בעמ' 341). יתכנו 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.

12. האנונימיות היא לעיתים 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 מאמיל אז'אר את שם-העט רומן גארי, ומנעתם ממנו את הבחירה להסיר

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

מיצירותיו המאוחרות את המוניטין של יצירותיו המוקדמות. וודאי לא באתי לומר כי קיימת שקילות בין ענקי הרוח שבחרו לעצמם פסבדונים לבין כותבי התגוביות – בין "אחד העם" לבין "אחד שיודע" – אך מחשיבותה של המסכה כחלק מחופש הביטוי לא נוכל להתעלם.

13. האנונימיות היא גם חלק מן הזכות לפרטיות – מן החשובות שבזכויות (ראו ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 13.6.1999); בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה ([פורסם בנבו], 14.5.2006); ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995)). היא מוגנת בדבר חקיקה (חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981) 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, פ"ד נח(1) 529, 539 (2003)). אולם אין ספק כי יש לראות באנונימיות מרכיב חשוב בזכות לפרטיות שכן היא מאפשרת לאדם "להיעזב לנפשו" ולהימנע מחשיפה אישית וממסירת מידע אודותיו שאינו מעוניין שיימסר (ראו גם בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' פרופ' עוז, [פורסם בנבו]). אכן, האנונימיות מקנה לאדם שליטה על מידע אודותיו (ראו Ruth Gavizon, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421 (1980)) ומונעת "נעיצת מבט" לצנעת חייו (ראו גם מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9 (2007)). היה זה השופט Brennan שהמחיש את חשיבותה של האנונימיות בקבעו כי הזכות לפרטיות משתרעת גם על האשפה שמפנה אדם מביתו (*California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988)*).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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 Problem of Information Privacy in the Internet Society, 58 U. Miamy L. Rev. 1301 (2004)*). האינטרנט חולל תמורות נכבדות בהיבטים רבים של חיינו, ובכלל זה בתחום של איסוף מידע, היחשפות לו, תקשורת בין בני אדם והתבטאות 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 התקופה ה"קדם-גוגל" (BG) לבין התקופה שלאחר גוגל (AG)). חופש הביטוי הפך לזכות מוחשית הרבה יותר. אם בעבר היכולת להעביר מסרים בתפוצה רחבה, וליטול חלק משמעותי בשיח הציבורי, הייתה שמורה בפועל למתי מעט, ובעיקר לאמצעי התקשורת עצמם או לאלה שיו בעלי גישה אליהם, בא האינטרנט ופתח את שעריו לכל. עמדה על כך כבוד השופטת מ' אגמון-גונן ב[בש"א 4995/05] (שלום – י-ם) פלונית נ' בזק בינלאומי בע"מ ([פורסם בנבו], 28.2.2006):

> "הרשת היא אפוא זירה טבעית להתפתחות שיח מבוזר, המאפשר למשתתפים רבים להתבטא באופן עצמאי וישיר במעין "הייד פארק" וירטואלי. לכך קיימת חשיבות עליונה, וכעת יכול אדם לממש בפועל את חופש הביטוי, שבעידן הטרום אינטרנט, היה נתון לו כמעט באופן תיאורטי בלבד".

האינטרנט הוא "כיכר העיר" החדשה שהכול שותפים לה. המדיום החדש – המרחב הווירטואלי – מצוי בכל ופתוח לכל. הכלים שהוא מציע, ובהם "חדרי השיח", הדואר האלקטרוני, הגלישה על גלי הרשת העולמית

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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 ומציב מחסום בפני התערבות שלטונית ובפועל רגולטיבית 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 John Doe v. Cahill, 884 A.2d 451 (2005)). כל אחד מבני הציבור רשאי ויכול ליצור "עיתון" משלו ולתת בבלוג דברו. ייחודן של התגוביות הוא באלמוניותן, בספיחתן למאמרים כתובים בידי אחרים ובניצול פלטפורמות זמינות להשמעת דעות אינדיבידואליות. מדובר אפוא באמצעי נגיש, מיידי, נטול גבולות גיאוגרפיים ותכופות נטול סינון ועריכה. וכן – גם אנונימי.

15. מעת לעת נשמעת ביקורת על תוכנן של התגוביות 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, וישנו פער בולט בין הנחרצות של הדעות המבוטאות לבין התשתית התומכת בהן. כל אלה משפיעים ללא ספק גם על הערך והמשקל שניתן לייחס לרבים מפרסומי ה-instant המופיעים באינטרנט חדשות לבקרים. אולם בכל אלה אין כדי לשמוט את הערך החוקתי העומד ביסוד השיח הזה. עצם העובדה שיש מבין התגוביות שטעמן רע וניסוחן עילג בוודאי אינו מוציא אותן מתחולת הזכות החוקתית לחופש ביטוי (ראו בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1993)). כפי שפסקנו באחת הפרשות:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> 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 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, 403 U.S. 15 (1971)). איש איש ודרך ביטויו...
> (ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558 (2004)).

ובמקום אחר (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, [פורסם בנבו]) 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.
> ...
> אכן, ניתן היה למתן רבות מבין ההתבטאויות הצורמות והמעליבות באמצעי התקשורת, באמצעות הימנעות משידורים חיים ובאמצעות שימוש בעזרים טכניים - כגון אותו צפצוף

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ה"מעלים" כל אמירה מכוערת או מכעיסה. בנסיבות חיינו עשויה אז היתה להיות התוצאה, שמקצת מן השידורים היו נשמעים כ"צפצוף" ארוך אחד. לא זו דרכה של מדינה השוחרת חופש ביטוי.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

16. חשיבותה של האנונימיות באינטרנט בולטת גם בהקשר של הזכות לפרטיות (ראו Sheffield Wednesday Football Club Ltd and others v. Hargreaves, [2007] EWHC 2375 (QB)). מקום שבו עושה אדם שימוש באינטרנט, בין שהוא מפרסם דבר-מה, בין שהוא משוטט באתרים לפי בחירתו, נוצר לגביו – לעיתים 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. משמעות הדבר היא שלצד הפלטפורמות באינטרנט המעניקות אנונימיות למשתמש, עלול האינטרנט לאיין את האנונימיות של מי שהפך חלק ממאגר המידע העצום האצור בו. אם בעבר לא הייתה מצויה בדרך-כלל גישה המונית למידע אישי ורגיש על הפרט, ומעשים בין ארבעת כתלי ביתו נותרו נסתרים מעיניהם של אחרים, בא האינטרנט ואפשר, בדרכים ישירות ועקיפות, לחדור אל תוך נבכי נפשו של היחיד. ניפוץ "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 ייגרע מן החופש במרחב הווירטואלי. ככל שתתרחב האפשרות לעלות על העקבות הנותרים 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 בצדו, והשובר הוא פטור מאחריות ומתן כסות גם למעשים עוולתיים. בענייננו, מחיר האנונימיות

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

מתבטא בהעלאתם לרשת של פרסומים דיבתיים ללא אפשרות להגיש תביעה לפי חוק איסור לשון הרע. אין ספק שהקלות שבפרסום במסגרת האינטרנט עלולה להרבות בפרסומי לשון הרע, בבחינת "הקלות הבלתי-נסבלת של הדיבה". האנונימיות עלולה לשמש מפלטו של מפיץ הדיבה. מאחורי פרגוד האלמוניות קל יותר להשתלח בזולת ולשחרר את חרצובות הלשון מבלי לשאת באחריות. בכך עלולה להתאפשר פגיעה חמורה בזכות לשם טוב – זכות יסוד בעלת משקל רב במשטר

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

חוקתי המכיר בכבוד האדם (ראו דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 74).

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 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832). שמו הטוב של אדם - המוניטין שצבר לעצמו במהלך חייו - הוא נכס מקניינו, הנרכש לעיתים בעמל רב ולאורך זמן. הוא מהווה ביטוי חשוב לכבודו של האדם: הן כבוד במובן honor, לאמור - ההוקרה וההכרה הנובעים ממעמדו בחברה אליה הוא משתייך, והן כבוד במובן dignity, לאמור - ערכו הפנימי של האדם. שמו הטוב של אדם מאפשר לו להימנות על בני הקהילה, ובכך להגשים את עצמו ולעצב את אישיותו (ראו R.C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CAL. L. R. 691 (1986)).

18. הזכות לשם טוב ולכבוד אינה מתאיינת 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 האם ראוי להחיל את דיני לשון הרע הקיימים על פרסומים משמיצים באינטרנט (ראו למשל יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט – בין חופש ביטוי להפקרות", פורסם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה). 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 לעיתים קרובות להתבטאויות במסגרת תגוביות בכלל, ובמסגרת תגוביות אנונימיות בפרט; ריבוי

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

התגוביות באופן שלעיתים קרובות הפרסום המשמיץ "נבלע בהמון"; והנגישות 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, פס' 17 לפסק-דיני). כל אלה עשויים לעיתים תכופות לייתר את

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הצורך האמיתי בקיומה של תביעת לשון הרע, ואף להפוך את טענות הנפגע ל"זוטי דברים". שאלה נוספת נוגעת בתחולתו של סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, שעניינו לשון הרע שפורסמה באמצעי התקשורת, בנסיבות שבהן התביעה נסבה על תגובית שפורסמה באתר אינטרנט (לגישות השונות ראו ת"א (שלום ראשון-לציון) 5844/07 וינטרוב נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ ([פורסם בנבו], 3.12.2009); ת"א (שלום כ"ס) 7830/03 בורוכוב נ' פורן [פורסם בנבו]; ת"א (שלום ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטרליד ([פורסם בנבו], 1.8.2005); ת"א (שלום ת"א) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ ([פורסם בנבו], 25.10.2008); ת"א (שלום קריות) 4815-02-09 ידיעות אינטרנט מפעילת אתר ווי-נט נ' מור, [פורסם בנבו]); ראו גם רחל אלקלעי "אחריותו של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק" המשפט ו 151 (2001)).

19. שאלות אחרונות אלה, העוסקות באופן שבו יש לפרש וליישם את דיני לשון הרע במרחב הווירטואלי, אינן צריכות הכרעה בענייננו שכן מצויים אנו עדיין בשלב של טרם-תביעה: שלב מקדמי שבו מוגשת בקשה להורות לספק 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, ולפיכך בקשה זו, ייאמר כבר עתה, היא חריגה ביותר. ככלל, בית המשפט אינו "נכנס לתמונה" קודם שמוגשת תביעה (בכפוף לחריגים מוגדרים המעוגנים בחוק, כגון סעיף 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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

במעשה העוולה, על-מנת 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 להיוותר אנונימיים.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

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

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

המשפט את הסעד המבוקש, ייקבעו בתקנות.
(ד) בסעיף זה, "עבירה - עבירה המנויה בתוספת השניה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

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

(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).
(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 למבקשת פרטים שברשותו שיש בהם כדי לזהות את מפיץ המידע.
(ג) השר יקבע הוראות לעניין הפרטים שיש לציין בבקשה כאמור בסעיף קטן (ב),

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

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 איננה צפויה לעלות לדיון מחדש, בוודאי לא בנוסח הקודם. ברקע ההחלטה למשוך את ההצעה, כך נמסר לנו, עומדות מחלוקות שנתגלו בין חברי 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.

21. הנה כי כן, דבר חקיקה בנדון עומד על הפרק אך הבאת הדברים לידי גמר נתקלת בקשיים ואין תֵמה על כך. את החלל הזה ביקשו למלא בתי המשפט בתיקים ספציפיים שבאו לפניהם. בתי המשפט היו ערים לחריגותו של הסעד המבוקש, במיוחד על רקע הואקום החקיקתי, וקבעו מבחנים שונים המגבילים את הנכונות לנתינתו. המבחנים השונים שנקבעו, והיעדר האחידות בפסיקה, גרמו "מבוכה" – כפי שציין בית המשפט באחד מפסקי הדין (ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 עו"ד סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה), [פורסם בנבו]). כאמור, בפסק-דין של בית משפט השלום (בעניין פלונית) הציעה השופטת מ' אגמון-גונן מבחן הבודק את קיומו של חשש לעבירה פלילית של פרסום לשון הרע, להבדיל מאחריות אזרחית גרידא (ראו גם פסיקת השופטת אגמון-גונן בעניין סבו הנ"ל). השופט עמית, בפסק-הדין נשוא הערעור שלפנינו, אימץ מבחן רחב יותר. השופט עמית לא ראה לנכון לתחום את האפשרות של גילוי

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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 (כבוד השופטת ד' פלפל) בה"פ (מחוזי ת"א) 1244/07 מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ ([פורסם בנבו], 20.3.2008); ראו גם עמדת השופט

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ע' שחם בבש"א (שלום י-ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב ([פורסם בנבו], 2.7.2009).

22. יצוין כי בארצות-הברית החילו בתי המשפט מבחנים משתנים בהקשר של חשיפת זהותם של משתמשים באינטרנט. במישור הפדראלי 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 רלבנטיים לתביעה אזרחית (גם במישור המדינתי יש לבתי המשפט סמכות מקבילה). מכוח הוראה זו נתבקשו בתי המשפט להורות לספקי השירות לחשוף את זהותם של משתמשים על-מנת לקדם תביעה אזרחית בעילות שונות ובהן לשון הרע. באחת הפרשות מאן בית המשפט להוציא את הצו המבוקש בקבעו כי לא הונחה תשתית לכאורית מספקת לקיומה של עילת לשון הרע (Dentrite International, Inc. v. John Doe, 775 A.2d 756 (2001)). 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. ראשית, על התובע לפעול ליידע את המפרסם האנונימי אודות הבקשה לגילוי זהותו, ולאפשר לו הזדמנות סבירה להתנגד לבקשה; שנית, על התובע להציג במדויק את ההתבטאויות של כל מפרסם אנונימי שלטענתו מקימות לו עילת תביעה; שלישית, על בית המשפט לבחון בקפדנות אם התובע ביסס בבקשתו עילה לכאורית נגד המפרסמים האנונימיים, באופן שהתביעה תשרוד בקשה לסילוק בשל היעדר עילה (motion to dismiss). בית המשפט צריך 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 הכרחי כדי שהתובע יוכל להמשיך בתביעתו.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

בפרשה אחרת (John Doe v. Cahill, 884 A.2d 451 (2005)) העלה בית המשפט את הרף, בקבעו כי לא די בכך שהעילה הלכאורית תוכל לשרוד בקשה לסילוק, אלא יש לבחון שהעילה הלכאורית עומדת בסטנדרט של "summary judgment" (פסק-דין בהליך מקוצר). ובפרשה נוספת (Mobulisa, Inc. v. John Doe, 170 P.3d 712 (2007)) התווה בית המשפט מבחן משולש שאלה יסודותיו: ראשית, שהמפרסם קיבל התראה הולמת והזדמנות סבירה להשיב לבקשת הגילוי; שנית, שעילת התביעה שורדת את

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

הנה כי כן, שאלת הגילוי מערבת שיקולים כבדי משקל וניתן לומר כי מדובר בסעד בעל השלכות חמורות, גם במישור החוקתי. עמדתי על שיקולים אלה כדי להציג את הרקע להליך שהתבקש בפרשה שלפנינו, וכדי להבהיר את משמעותו של הסעד המבוקש כאן. אולם האפשרות לפסוק את הסעד המבוקש תוך 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, שאיננה מתייחדת להקשר הספציפי של פרסומים פוגעניים באינטרנט, שבגדרה ניתן להורות לצד שלישי לחשוף פרטים לגבי נתבע עתידי. כלומר, במישור הדיוני אין ייחוד בשאלת חשיפת זהותו של גולש אנונימי באינטרנט, וממילא ברור שפתיחת הפתח למתן הצו המבוקש נושאת עמה השלכות רוחב מרחיקות לכת. כפי שיוסבר, לא מצאתי כי קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, ולשיטתי אין "להמציא" מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית".

העדר מסגרת דיונית למתן הסעד המבוקש

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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, סיטואציה זו אינה ייחודית לתביעות בגין לשון הרע באינטרנט. גם בתביעות שונות לחלוטין עשוי להיווצר מצב שבו אדם סבור כי נגרם לו 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
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.

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. השופט עמית בבית המשפט המחוזי הציע 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", ובמסגרת זו יתבקש צו עשה לחשיפת שמו של המפרסם האנונימי, הוא "פלוני". זאת על-מנת שבבוא העת יתפוס המפרסם שיצא מאלמוניותו את מקומו של הנתבע הפיקטיבי.

חקיקת סדרי-הדין בישראל אינה מזכירה את האפשרות להגיש תביעה נגד נתבע "גנרי" – שאותו נכנה "רן דן" (John Doe) – אשר מחליף את הנתבע

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

האמיתי שזהותו עלומה. יותר מכך, לפי תקנה 9 לתקנות סדר הדין האזרחי, בסעיף-קטן (3), כתב התביעה יכלול את "שמו של הנתבע, וכן מספר זהותו ומקום מגוריו, במידה שניתן לברר". ברור שהסיפא "במידה שניתן לברר" מתייחסת למספר הזהות ולמקום המגורים, ולפי פשט התקנה לא ניתן להגיש כתב תביעה נגד נתבע לא ידוע. נהפוך הוא: התקנה מחייבת כי הנתבע המוזכר בכתב התביעה יהא ניתן לזיהוי מלא – שאחרת אין לנו תביעה.

25. בארצות הברית אין עיגון לתביעות כנגד "John Doe" במסגרת ה-Federal Rules of Civil Procedure, זאת לעומת הכרה חקיקתית בתביעות מסוג זה בחלק ניכר מהמדינות (ראו למשל CAL. CIV. PROC. CODE §474 (1979); MONT. CODE ANN. §25-5-103 (1995); ALA. R. CIV. P. 9(h); ARIZ. R. CIV. P. 10(f)). עם זאת, גם במישור הפדראלי קיימת הכרה פסיקתית מסויגת בתביעות ה- "John Doe". האפשרות להגיש תביעה נגד נתבע "רן דן" ("John Doe") נועדה בעיקר

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

לאפשר לתובע לקיים הליך משפטי שבמסגרתו הוא יפעל לאיתור שמו האמיתי של הנתבע. חשוב להדגיש כי לא מדובר בסוגיה טכנית גרידא אלא במסגרת דיונית שמאפשרת לתובע למצות את זכויותיו המהותיות. תכופות, האפשרות להגיש תביעה תחת הכינוי "John Doe", או כינוי פיקטיבי אחר, עשויה להגן דווקא על פרטיותו של התובע, וכך היה למשל בתביעה המפורסמת בעניין Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). באותו עניין תקפה התובעת Norma McCorvey את חוקי ההפלה בארצות-הברית תוך שימוש בכינוי "Jane Roe" (ראו גם אמות המידה שהותוו בעניין James v. Jacobson, 6 F.3d 233 (4th Cir. 1993); כמו-כן ראו Joan Steinman, *Public Trial, Pseudonymous Parties: When Should Litigants Be Permitted to Keep Their Identities Confidential?*, 37 HASTINGS L.J. 1 (1985). כאמור, ענייננו-שלנו שונה: מדובר בהגשת תביעות נגד "John Doe" – שם קוד לנתבע הלא-ידוע. בארצות-הברית מוכרת גם האפשרות הזו. כך, למשל, בפרשה ידועה הוכרה הזכות של נפגע להגיש תביעה אזרחית נגד שוטרים פדראליים שפגעו בזכויותיו לפי התיקון הרביעי (ראו Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971)).

26. כפי שצוין, האפשרות להגיש תביעות תוך ציון נתבע "John Doe" אינה מוזכרת ב- Federal Rules of Civil Procedure, ולמעשה מסתייג לכאורה דבר-חקיקה אחרון זה מתביעות כאלה, שהרי §10(a) קובע שעל התובע לציין "the names of all the parties". הקושי לקיים תביעות "John Doe" נובע גם מחוסר בהירות אפשרי בכל הנוגע לסמכות השיפוט בתביעות כאלה, ומקשיים בהחלת ההוראות בדבר התיישנות תביעות (ראו 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)). מטעמים אלה ואחרים, המסגרת הדיונית של תביעות "John Doe", חרף ותיקותה (ראו Kentucky Silver Mining Co. v. Day, F. Cas. No. 7719 (1873)), אינה יציבה ושנויה במחלוקת (ראו למשל הגישות הסותרות לגבי

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

האפשרות למנוע את התיישנות התביעה נגד הנתבע האמיתי על-ידי הגשת תביעה במועד נגד נתבע פיקטיבי: Wood v. Worachek, 618 F.2d 1225 (7th Cir. 1980); Varalack v. SWC Caribbean, Inc., 550 F.2d 171 (3rd Cir. 1977). לא פעם גילו בתי המשפט רתיעה מלאפשר הגשת תביעות נגד "John Doe". כפי שכתב בית המשפט של ה- Ninth Circuit:

> 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 (Sigurdson v. Del Guercio, 241 F.2d 480, 482 (1956).

ראו גם: McMillan v. DOI, 907 F. Supp. 322, 328 (1995).

עם זאת, וחרף כל ההסתייגויות, אפשרו בתי משפט פדראליים במקרים מסוימים את הפרקטיקה של תביעות ה- "John Doe" (ראו למשל Hannah v. Majors, 35 FRD 179 (1964)). תיאור של הגישה הכללית בהקשר זה ניתן על-ידי בית המשפט בעניין Gillespie v. Civilletti, 629 F.2d 637 (1980):

> 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 the 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.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ראו עוד: Johnson v. City of Erie, 834 F. Supp. 873 (1993); Hastings v. Fidelity Mortg. Decisions Corp., 984 F. Supp. 600 (1997); Dean v. Barber, 951 F.2d 1210 (1992). בתי המשפט מיאנו לאפשר תביעה מסוג זה כאשר האפשרות שהתובע יגלה את זהות הנתבע הנסתר במהלך ההתדיינות נראתה בלתי-סבירה (ראו Kemper Ins. Cos. v. Federal Express Corp., 115 F. Supp. 2d 116 (2000)), וכאשר אי-ידיעת זהותו של הנתבע נבעה מהיעדר חקירה סבירה (ראו Stratton v. Boston, 731 F. Supp. 42 (1989)). נזכיר כי בארצות-הברית יש היסטוריה ארוכה לתביעות ה- "John Doe", ובחלק ניכר ממדינות ארצות-הברית יש לכך גם עיגון בחוק.

27. ומשם לכאן. ההכרה בנתבע "רן דן" עשויה לאפשר לתובע לנקוט בהליך 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, והתווייה פסיקתית של סדרי-הדין להגשת תביעה כזו ולבירורה מעוררת קשיים ניכרים.

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 שצריכים להיכלל בכתב התביעה הם בעלי חשיבות עקרונית והם אמורים לבטא את קיומה של עילה לתובע נגד הנתבע. ניסוח כתב התביעה וצורתו צריכים לעמוד בסטנדרטים של הגינות דיונית, תיאור ראוי של גדר המחלוקת, שקיפות ויעילות (ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 157 (תשס"ז)). זיהויו של הנתבע הוא יסוד חיוני בקיום תכליות אלה. יוטעם, כי

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

נתבע "רן דן" הוא נתבע פיקטיבי. יש לו כינוי אך אין לו קיום ממשי כל עוד הנתבע האמיתי לא זוהה. לכן, תביעה נגד נתבע "רן דן" היא לפחות בתחילתה תביעה "במעמד צד אחד". ברור לכן שלא ניתן להכיר באפשרות להגיש תביעה כזו מבלי לקבוע באותה נשימה הוראות שישמרו על זכויותיו של הנתבע בלי-שם ויבטיחו את הגינותו הדיונית של ההליך ואת יעילותו.

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 מבלי שזהותו של הנתבע האמיתי תיחשף. בית המשפט המחוזי, בפסק-הדין נשוא הערעור, הציע "סדר-דין" דומה. בית המשפט קבע כי על התובע לנקוט צעדים

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

מקדמיים עובר לחשיפת זהותו של הנתבע האנונימי: עליו להראות כי מיצה כל אפשרות לחשוף את הנתבע מבלי 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 מבלי שזהותו תיחשף. בית המשפט המחוזי אף הבהיר כי חשיפת הזהות תיעשה בשלבים, כשתחילה יימסרו הפרטים לעיניו של בית המשפט בלבד; אחר-כך בית המשפט ימציא העתק של התביעה והבקשה לנתבע שפרטיו נמסרו על-ידי ספק הגישה; הנתבע יוכל להגיש מסמך לבית המשפט ובו יביע את טעמי ההתנגדות לחשיפת הזהות; ובית המשפט יוכל לעיין במסמך זה, ואף לקיים דיון במעמד צד אחד בנדון. המדובר אפוא במסגרת דיונית מורכבת, מפורטת ורבת-שלבים, הנוצרת יש מאין על-ידי הרשות השופטת.

29. התווייה 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 הנ"ל, בעמ' 917-919. ראו גם הצעתה לשינויי חקיקה מתאימים כדי למנוע מכשלות ואי-בהירויות שם, בעמ' 946-958). לא בכדי, בפסיקה מאוחרת הועלו תהיות לגבי דרישות שקבע בעניינו 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 ([פורסם בנבו], 2.7.2009), התייחס בית המשפט (מפי השופט ע' שחם) לדרישה לפרסם את הבקשה לגילוי באתר שבו נעשה הפרסום הפוגע, וליידע את

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הנתבע-האלמוני כי הוא רשאי לפנות לבית המשפט במעמד צד אחד, מבלי לחשוף את זהותו, כדי להתנגד לבקשה:

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> בקשת ביניים, אשר ניתן לדון בה בדלתיים סגורות (סעיף 68(ג) 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.
> 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.
> נוכח כל האמור, לא שוכנעתי כי אכן קיימת, על פי המצב הנורמטיבי הקיים, זכות למאן דהוא לפנות לבית המשפט במעמד צד אחד, מבלי לחשוף את זהותו, כדי להתנגד לבקשה, כנטען.

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 יש מידה של גמישות בהפעלתם. אולם אין משמעות 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 מבלי התערבות חקיקתית. במיוחד כך הוא הדבר בהקשר

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הנדון, שבו ההסדר הפסיקתי החדש אמור ליצור מסגרת דיונית למתן סעד הכרוך בפגיעה ניכרת בזכויות יסוד חוקתיות.

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

שהכירו באפשרות להגיש תביעה נגד נתבע "John Doe" ראו בכך בסיס לקיום 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 לקיום הליך גילוי מהסוג המבוקש. התקנות שעוסקות בגילוי מסמכים ועיון בהם (תקנות 112-114) חלות רק על מסמכים המצויים "ברשותו או בשליטתו" של בעל דין, והפסיקה חזרה וציינה כי אין להטיל חובת גילוי ביחס למסמכים המצויים בחזקתו של צד שלישי זר להתדיינות. כך לימדונו גדולי השופטים בישראל שחתרו ליישום מסגרת דיונית ברורה במשפט (ראו רע"א 4256/98 ה.ל.ס בע"מ נ' כור מתכת בע"מ, פ"ד נג(1) 621 (1999); רע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי ([פורסם בנבו], 7.5.2009); ע"א 307/66 מ.מ. שניאורסון נ' בית החולים שערי צדק, פ"ד כ(4) 167 (1966); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 434 (מהדורה שביעית, שלמה לוין עורך, 1995). ברור לכל אפוא שתקנות אלה אינן יוצרות מסגרת מתאימה לקיום הליכי גילוי מקדמיים של מידע המצוי בידי גורם שלישי כמו ספק שירותי גישה באינטרנט.

תקנה אחרת, שהוזכרה בפסק-הדין של בית המשפט המחוזי, היא תקנה 178 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 דיונית מתאימה התומכת בהפעלתה בתביעות נגד נתבע "רן דן". לא ניתן, ללא הסדר מתאים, לקיים תהליך של זימון עדים ושמיעתם במעמד צד אחד, וכמו-כן אין זה

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

מצב נורמאלי שהעד-כביכול – בענייננו ספק שירותי הגישה – הוא שבפועל משמש "הצד שכנגד" לעניין חשיפת המידע; והמקרה שלפנינו יוכיח. לא בכדי קבע בית המשפט המחוזי מתווה דיוני רב-שלבי לאותו הליך של "זימון עד" בגדרי תביעת "רן דן" – זאת 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.

ודוק: גם כאשר נדרשים בתי המשפט לעילה שעניינה במרחב הווירטואלי – כגון עילה שביסודה פרסום לשון הרע באינטרנט – בתי המשפט אינם

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

31. יש לציין כי בתיקים רבים שבהם נדונה עד כה שאלת חשיפת זהותו של גולש אנונימי באינטרנט, לא נעשה הדבר במסגרת תביעה עיקרית נגד נתבע אנונימי (תביעת "רן דן"), אלא במסגרת הליך נפרד שאמור להקדים את התביעה העיקרית שתוגש נגד הנתבע לאחר זיהויו. בפסק-הדין נשוא הערעור שלפנינו קבע השופט עמית כי הגשת תביעה נגד "פלוני" היא הדרך הראויה, אך בפועל גם במקרה זה ההליך נפתח, 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 "פלוני" – ראו ת"א 50605/08 פריד נ' פלוני אלמוני ([פורסם בנבו], 23.12.2008); בש"א (שלום ראשון-לציון) 3189/09 מורד נ' פלונית, [פורסם בנבו]).

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 [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. סעיף זה קובע סמכות כללית לתת סעד וזו לשונו:

> כל בית משפט הדן בענין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ראו: בש"א (שלום י-ם) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה ארה"ב ([פורסם בנבו], 2.7.2009); ת"א (שלום ת"א) 176992-09 אברמוב נ' ניוויז'ן הדרכות בע"מ, [פורסם בנבו]); ראו גם בש"א (שלום ת"א) 11646/08 *The Football Association Premier League Ltd* נ' פלוני[פורסם בנבו]

אכן, סעיף 75 לחוק בתי המשפט מקנה לבית המשפט סמכות רחבה ליתן סעד במסגרת הליך אזרחי, לאחר שהוכיח מבקש הסעד כי הנתבע הפר זכות הקנויה לו בדין (ראו רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 268 (1999)). דא עקא, חוששני שגם סעיף זה מתקשה לשמש עוגן לסמכות הדרושה לענייננו. סעיף 75 עוסק בסמכותו של "בית משפט הדן בענין אזרחי" ליתן סעדים הדרושים במסגרת אותו הליך. סעיף זה אינו מקנה סמכות ליתן סעד מחוץ לגדרי הליך אזרחי, כפי שמתבקש בענייננו. הסעיף בא להבטיח את העיקרון בדבר "במקום שבו יש זכות – יש גם סעד", אך לא מדובר בזכות "באוויר" אלא בזכות שהופרה על-ידי מי שהסעד מבוקש נגדו. אם פלוני הפר את זכותו של אלמוני, יכול אלמוני לדרוש סעד נגד פלוני מכוח סעיף 75 לחוק בתי המשפט. אך אם פלוני הפר את זכותו של אלמוני, אין סעיף 75 – מכוחו הוא – מאפשר לאלמוני לדרוש סעד כנגד צד שלישי שאינו פלוני ואף אינו בהכרח קשור לפלוני. לשם כך דרוש מקור סמכות נפרד. לשון אחרת: אין אדם מרים את עצמו בשרוכי-נעליו, ובענייננו אין אדם יכול ליצור לעצמו "עניין אזרחי" נגד צד שלישי באמצעות סעיף שנועד לגוון את האפשרויות למתן סעד נגד מי שקיימת נגדו עילה אזרחית.

דברים אלה יפים גם לגבי הוראות סעיפים 71-75 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שהוזכרו אף-הם כמקורות סמכות אפשריים. סעיפים אלה עוסקים בסמכותו של בית המשפט ליתן תרופות בגין עוולות נזיקיות, וכן ליתן

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

צווים לעשות או להימנע מעשייה, אולם כל אלה אינם רלבנטיים לענייננו. הצו המבוקש כנגד המבקשת, ספקית הגישה לאינטרנט, אינו בגין עוולה שביצעה או שנטען שביצעה. אין כל הליך נזיקי נגד המבקשת וכפי שאין כל עילה לתבוע ממנה סעד של פיצויים כך אין לעתור כלפיה, מכוח הסעיפים הנזכרים, לצו בעניין חשיפת זהותו של המשתמש.

32.. 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 פריזיאן דה פרטיסיפסיון, פ"ד מב(1) 563 (1988)) ביקשה התובעת צו המורה לבדוק ולהעתיק רישומים בנקאיים בחשבונות של צדדים שלישיים אשר שימשו, לגרסתה, "אנשי קש" להזרמת כספים עבור הנתבע. בית המשפט נעתר לבקשה בהסתמך על סעיף 39 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, אשר מתיר לבית המשפט לצוות על בדיקה והעתקה 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 ניהול

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הליך שיפוטי מבלי להטריח את פקיד הבנק לבוא ולהעיד מכלי ראשון על פעולה בנקאית שנרשמה בחשבון פלוני. בית המשפט הטעים כי השימוש בסמכות הקבועה בסעיף צריך להיעשות 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". יש לציין שבנסיבות אותו מקרה הטענה הייתה לקנוניה בין בעל-הדין הנתבע לבין בעלי החשבון.

בפרשה אחרת (רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764 (1993)) שוב נדון סעיף 39 לפקודת הראיות. בית המשפט העליון ניתח את השיקולים המתחרים בקשר לבקשת רשות לעיין בספר בנקאי, ועמד על הצורך בחיוניותו של המידע להכרעה במחלוקת, בקיומה של תשתית ראייתית מספקת, בהיעדר אפשרות להישען על ראיות חלופיות שאין בהן פגיעה בפרטיות, ובתחימת היקף הגילוי למתחייב על-מנת להשיג צדק בהליך השיפוטי. או-אז נדרש בית המשפט לסוגיית גילוי חשבונותיו של אדם זר להתדיינות, וכך כתב:

> כל זאת אמרנו לגבי גילוי חשבונותיו של מי שהוא צד להתדיינות, כשהאחרון מתנגד לכך... ואילו לגבי 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, על אף שאינו רשום על שמו, או כי בעל הדין העביר לחשבונו של אותו צד שלישי כספים, שלא בתום לב ובמטרה להסתיר עובדה זו, תוך שיתוף פעולה עם בעל החשבון. כל זאת לאחר שניתנה לצד השלישי, העלול להפגע, הזדמנות להשמיע טענותיו והסתייגויותיו לגילוי.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

מן האמור עולות שלוש מסקנות: ראשית, כי צו לגילוי ענייניו הבנקאיים של צד שאינו בעל-דין יינתן רק על-פי מקור חוקי מפורש (כגון סעיף 39 לפקודת הראיות); שנית, כי צו כזה יינתן במסגרת הליך אזרחי קיים; שלישית, כי צו כזה מוגבל למקרים שבהם החשבון של הצד השלישי איננו זר לגמרי להליך, אדרבא, מדובר בחשבון המשמש את בעל-הדין. בענייננו לא מתקיים אף אחד מן התנאים הללו: לא נמצא מקור חוקי מפורש למתן צו נגד צד זר להתדיינות (ספק הגישה) לחשוף את לקוחותיו; לא מתקיים הליך שבמסגרתו מתבקש הצו (בהיעדר בסיס חוקי ליצירת הליך נגד "פלוני" בלתי-ידוע); ואין טענה כי המבקשת שיתפה פעולה עם האלמוני בהוצאת הדיבה.

33. קרובה יותר לענייננו היא לפיכך פרשה אחרת שבה ביקשו לקוחות-לשעבר של בנק לקבל לידיהם מסמכים הקשורים לחשבונותיהם, זאת על-מנת 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' לוין) 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 פלוני המבקש לקבל גילוי מסמכים מיריב פרוספקטיבי על מנת לשקול אם המידע שיקבל מצדיק הגשת תביעה כנגדו". בית המשפט קבע כי לא קיימת דרך דיונית להורות על גילוי כזה, והוסיף כי אם המבקשים יגישו תובענה נגד הבנק הם יוכלו לבקש בגדרה צו לגילוי מסמכים (ע"א 358/88 בלס נ' בנק דיסקונט בע"מ ([פורסם בנבו], 31.12.1988)).

34. לא נעלמה מעיני ההלכה האנגלית המכירה באפשרות של בית המשפט להורות על חשיפת זהותו של מעוול בהליך מקדמי-עצמאי. בפסק-הדין Norwich Pharmacal Co. v. Commissioners of Customs & Excise, [1974] A.C.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

133 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, על-מנת שהנפגע יוכל לנקוט הליכים כנגד הנתבע המתאים. הלכה זו יושמה במדינות שונות של המשפט המקובל (ראו למשל Glaxo Wellcome Plc v. Minister of National Revenue (1998) 172 D.L.R. (4th) 433 – קנדה; Kirella Pty Ltd. v. Hooper, (1999) 161 A.L.R. 447 – אוסטרליה; Fitzherbert v. Faisandier, (1995) 8 P.R.N.Z. 592 – ניו-זילנד; Megaleasing UK v. Barrett, [1993] I.R.L.M. 497 – אירלנד). בתי המשפט באנגליה הכירו באפשרות ליתן צו מסוג *Norwich Pharmacal* בהקשר של חשיפת זהותם של גולשים (ראו Totalise plc v Motley Fool Ltd, [2001] EWCA Civ 1897).

ככלל, צו לפי הלכת *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 על-מנת לאפשר את הגשת התביעה, בדרך-כלל לצורך זיהויו של המעוול. בהקשר זה חשוב לוודא כי אין מקור מידע מעשי אחר שבסיועו יוכל התובע לפעול למיצוי זכויותיו. והאחרון, שהמשיב בבקשה הוא אדם שהיה מעורב במעשה העוולה, או הקל על ביצועו (אפילו ללא אשם מצדו), 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 Q.C., DISCLOSURE 59 (3rd. ed., 2007); ראו גם Mitsui & Co. v. Nexen Petroleum UK Ltd., [2005 EWHC 625 (Ch)).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

35. האם יש מקום לאמץ במשפט הישראלי גרסה מקומית של הלכת *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". משמעות הדבר היא שההסתייגויות שהצבענו עליהן לעיל יפות בעיקרון גם לשאלת אימוצו הפסיקתי של כלל בנוסח *Norwich Pharmacal*. אימוץ כלל כזה יש בו יתרון מבחינה זו שנפתח לבית המשפט פתח, לפי שיקול דעתו, למנוע מצבים שבהם תובע המחזיק בעילה טובה לא יוכל למצות את זכויותיו בשל מחסום מקדמי בדמות אלמוניותו של המעוול. אך מעבר לעובדה שהלכת *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 עם מסגרת דיונית כלשהי המוכרת כאן. נהפוך הוא: הוא סותר ברוחו ובתכליתו את המסגרת הדיונית שהעמידו המחוקק ומחוקק המשנה בפני בתי המשפט האזרחיים. שינוי כמוצע צריך שיבוא מצד המחוקק ומחוקק המשנה.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

מכאן ולהבא

36. 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 על-מנת שניתן יהיה להגיש נגדו תביעה אזרחית. מדובר למעשה בהליך מעין-חקירתי שבית המשפט מגויס לו בהליך מקדמי במתכונת כזו או אחרת. הליך זה אינו טריביאלי, הוא מערב שיקולי מדיניות מורכבים והוא מצריך הסדרה חקיקתית.

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, תיצור את המסגרת הדיונית הראויה ותתווה את האיזון בין השיקולים שלעניין.

ולבסוף, אבקש להזכיר את סעיף 16 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, הקובע כי:

> 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.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

סיכום והערה על תחולתו של פסק-דין מכאן ולהבא

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

בשולי הדברים ראוי להוסיף הערה באשר לקביעתו של בית המשפט המחוזי כי במישור העקרוני הצדק עם המבקש אך אין להחיל את הפסיקה בענייננו. בית המשפט נימק תוצאה יוצאת-דופן זו בכך שאמות המידה שהתווה סוטות מן המבחן המצמצם שקבע בית משפט השלום בעניין פלונית (בש"א 4995/05), 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 הקוים המנחים ששרטט יחולו מכאן ולהבא "בבחינת 'אין חושפים אלא אם מזהירים תחילה'".

תוצאה זו מוקשית לדידי, ואילו 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 על עניינו. כפי שפסק בית משפט זה (ראו בעיקר רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, [פורסם בנבו]), גם במקום שבו נקבעת הלכה שיפוטית חדשה (ואף תוך 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 לאור הצורך להגן על אינטרס ההסתמכות. בפרשת סולל בונה הובהר כי במקרים רבים לא יהא בשיקול ההסתמכות כדי להוביל למתן תוקף פרוספקטיבי בלבד להלכה:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

> בהתנגדות ובהצעות לשינויים; במספר אימרות אגב הסתייגו שופטים מההלכה הקודמת; ההלכה הקודמת לא היתה כלל ידועה לצדדים; הצדדים הסתמכו על הדין הישן תוך שכל אחד נוטל הסיכונים הכרוכים בשינויו... במצבים אלה ורבים אחרים, כל המסתמך על ההלכה הקודמת נוטל על עצמו סיכון ועל כן ניתן לתת להלכה החדשה תוקף רטרוספקטיבי.

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 כל הלכה של בית המשפט העליון, מדובר בשאלת משפטית בהתהוות, ואין כל 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 וניהל את ההליך שבו ניתנה הפסיקה (ראו גם ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי ([פורסם בנבו], 30.4.2009)).

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

אחר הדברים האלה:

חברי השופט אלייקים רובינשטיין חולק על דעתי. בחוות דעתו המלומדה הוא מציע ליתן בידי בית-המשפט המברר את שיקול-הדעת

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הכמעט מוחלט ואת הסמכות להחליט אם להורות על חשיפתם של מחווי דעה אנונימיים. חברי מציע ליתן לבתי המשפט "מרחב תמרון דיוני" "שיקול דעת". אשר לעילה שהוא מציע "ליצור" להליך הדיוני שהוא מבקש לברוא, הוא מכיר בכך שזו "יצירה שיפוטית" ו"חקיקה שיפוטית" והוא נסמך על טובים וגדולים שראו בשיקול הדעת הרחב של השופט ו"החקיקה השיפוטית" – מפעל חיים. כשלעצמי, אני חש כי גם הפעם הזו, עלול בית-המשפט לעבור את המידה הראויה, להשיג גבולם של אחרים, להכיר ביצירת "משפט מקובל" בפסקי דין שאינם תקדים –

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

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

הבדלי השקפה זו עומדים גם ביסוד עמדתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, על-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 תדחק ההגנה על חופש הביטוי – עשויה לבוא לקיצה תקופת תור הזהב של האינטרנט כמדיום תקשורתי המוני, נגיש לכל – גם לחסר האמצעים, מדיום חופשי, שהאנונימיות היא חלק בלתי נפרד ממנו.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

המשנה-לנשיאה

השופט א' רובינשטיין**:**

א. לאחר העיון בחוות דעתו המקיפה של חברי המשנה לנשיאה, שבה תיאור מפורט של הרקע הנחוץ עליו לא אחזור, חוששני כי איני יכול להצטרף לעמדתו. חוות דעתו של המשנה לנשיאה כוללת שני חלקים מרכזיים
העומדים כל אחד לעצמו. חלקה הראשון (פסקאות 11-22) כולל גם דברים שעל פי מסקנתו המשפטית של חברי נכתבו במידה מסוימת מעבר לצורך - ובו נדרש חברי לשאלת האיזון בין חופש הביטוי (והזכות לאנונימיות) לבין זכותם של תובעים לעמוד על זכויותיהם המשפטיות בנושא בו עסקינן. בחלקה המרכזי השני של חוות הדעת (פסקאות 35-23) עומד חברי על הטעמים להיעדרה של "מסגרת דיונית מתאימה למתן הסעד המבוקש" (ככותרתה של פסקה 23) - ועל 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 (נוסח משולב), תשמ"ד - 1984". סעיף זה קובע:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

ולשיטת חברי הסעיף:

> "עוסק בסמכותו של 'בית משפט הדן בענין אזרחי' ליתן סעדים הדרושים במסגרת אותו הליך. הסעיף אינו מקנה סמכות ליתן סעד מחוץ לגדרי הליך אזרחי, כפי שמתבקש בענייננו... אין אדם יכול 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).

מדברים אלה, המקובלים גם עלי, עולה כי הבעיה איננה בהעדר "מסגרת דיונית מתאימה למתן הסעד המבוקש" - אלא בהעדר עילה בדין המהותי לחיוב ספקית לחשוף את זהותו של גולש מעוול כפי שביקש המערער (אשר לניהול הליך נגד

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הגולש האנונימי כנתבע מסוג John Doe, שם סתמי שחברי כינהו "רן דן", כאן אכן מדובר בהעדר הליך). כיון שאין עילה נגד אותו "צד שלישי" (לענייננו, ספקית האינטרנט) לא ניתן לנהל הליך נגדו. אף לשיטת חברי, אילו היתה עילה (או זכות) בדין המהותי, היה נמצא ההליך הדיוני המתאים, והסעד המתאים - שכן בהינתן עילה תינתן תרופה (*Ubi Jus Ibi Remedium*).

ג. ברם, המסקנה המשתמעת, לפיה אין בדין עילה לחייב ספקית אינטרנט לחשוף את זהותם של גולשים שביצעו עוולה אינה פשוטה בעיני במספר 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 ש' לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית - מבוא ועקרונות יסוד (2008) 94). ברם, למעלה מעשרים 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 א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים י"ג (תשמ"ג) 35-37; רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד [פורסם בנבו]). ובין אם נקבע בהם, כי התמלאו התנאים לחשיפת פרטי הגולשים (בעשרה מתוך המקרים המובאים מטה), ובין אם לאו (בשמונה מהם) - לא עלה בידינו למצוא בית משפט שדחה את התביעה בהעדר עילה. לשון אחר, כל המותבים הנזכרים מטה סברו, כי לתובעים 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 נוהג העם - א"ר]" (בבלי, ברכות מה ע"א).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ד. כך בבתי המשפט המחוזיים (ראו בר"ע (מחוזי נצרת) 213/09 מושקוביץ נ' וואלה תקשורת בע"מ [פורסם בנבו]; ה"פ (מחוזי תל אביב) 250/08 חברת ברוקרטוב בע"מ נ' חברת גוגל ישראל בע"מ [פורסם בנבו]; ה"פ (מחוזי תל אביב) 1244/07 מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ [פורסם בנבו]; ה"פ (מחוזי תל אביב) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט [פורסם בנבו]; השוו גם בש"א (מחוזי תל אביב) 11646/08The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני [פורסם בנבו]).

ה. כך בבתי משפט השלום (ראו בין היתר בש"א (שלום תל אביב) 151638/07 לוי נ' בזק בינלאומי בע"מ [פורסם בנבו]; בש"א (שלום תל אביב) 178523/08 פריד נ' פלוני [פורסם בנבו]; בש"א (שלום תל אביב) 178590/07 מנסור נ' חלבי [פורסם בנבו]; בש"א (שלום חיפה) 5478/06 קי.אס.פי מחשבים בע"מ נ' ברק [פורסם בנבו]; בש"א (שלום תל אביב) 173154/07 פרסיקו נ' שידורי קשת בע"מ [פורסם בנבו]; בש"א (שלום ירושלים) 4995/05 פלונית נ' בזק בינלאומי [פורסם בנבו]; בש"א (שלום תל אביב) 152863/08 בייבי פלוס נ' דוקטורס [פורסם בנבו]; ת"א (שלום ראשון לציון) 4470/07 בלומנפלד נ' Google Inc [פורסם בנבו]; ת"א (שלום תל אביב) 22992-09-09 מכון התקנים הישראלי נ' פלוני [פורסם בנבו]; ת"א (שלום תל אביב) 176992-09 אברמוב נ' ניוייז'ן הדרכות בע"מ [פורסם בנבו]; בש"א (שלום תל אביב) 160133/08 הרודס בניה ופיתוח בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין [פורסם בנבו]; בש"א (שלום תל אביב) 180513/08 ערב ערב באילת נ' פלונית [פורסם בנבו]; בש"א (שלום ראשון לציון) 3189/09 בלושטיין נ' פלונית [פורסם בנבו]), קיימות החלטות נוספות המניחות סמכות כאמור (בין היתר, ת"א (שלום תל אביב) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ [פורסם בנבו] פסקה 135; בש"א (שלום ירושלים) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

בקליפורניה [פורסם בנבו]; בש"א (שלום תל אביב) 165986/07 וואלה! תקשורת בע"מ נ' קולקר [פורסם בנבו]).

ו. השאלה היא, איפוא, האם 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, לבחון את ההצדקה לה, ולהגדיר באופן מדויק את גדריה המהותיים והדיוניים. בהקשר זה כבר נשפכו דיואות לא מעטים באשר לתפקידה של הפסיקה בגישור על הפער בין המשפט למציאות החברתית והטכנולוגית המשתנה, ולכוחם של בתי המשפט ליצור על כרחם כמעט - נוכח הצרכים הדוחקים במציאות - זכויות מהותיות, שבעקבותיהן באות גם עילות תביעה (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004) 230-237; א' ברק, פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית (1992) 612; א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט ל"ט (תש"ן) 267, 270-272 ובעיקר 280-282; ברק, חקיקה שיפוטית, בפרט עמ' 34-33). הנה מתורת דור ראשון:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> "לא פעם הכיר בית משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקה שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין" (בג"צ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד ט"ז(2) 1023, 1027 - השופט ויתקון; ראו גם ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק י. ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505, 511).

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, פ"ד לה(4) 359, 368 - השופט, כתארו אז, מ' אלון), הקניין שביושר בדיני המקרקעין (ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199), ועילת הנטישה בדיני הגנת הדייר "שהיא כידוע יציר הפסיקה" (ע"א 805/75 בן שלמה נ' קובדלו, פ"ד ל(3), 238, 248 - הנשיא אגרנט). לכך מצטרפות גם זכויות אדם ואזרח מסוגים שונים, שהוכרו בפסיקה בטרם חוקי היסוד העוסקים בזכויות, ורשמו דפים חשובים בתולדות המשפט הישראלי.

ח. אם נקרב מבטנו לנידון דידן, הנה ליצירה שיפוטית זו, ולדבריו הנזכרים של השופט ויתקון, נודע בהיסטוריה של המשפט הישראלי תפקיד מרכזי בכל הנוגע לדיני הראיות, הסודיות והחיסיון (ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 524-525; ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(2) 337, 354; רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764) - שעניינו, מבחינות מסוימות קרוב אליהם. 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" (שופט בחברה דמוקרטית, 231).

ט. לצערנו סוגיות רבות מתחום האינטרנט, בכללן מערכת היחסים בין לקוחות וספקיות, או בין גולשים ומפעילי

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

אתרים, טרם הוסדרו בחקיקה - ואין חולק שיש 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 לפניהם בזמן אמת או בקרבה לו); וגם עמוס אילוצים שונים, המקשים להדביק את קצב השינויים בתחומי הטכנולוגיה במובנם הרחב. "משפט מקובל" זה בא איפוא לענות על צורך, אך אין הורתו בחלל ריק - כפי שיפורט להלן.

י. עניין נוסף המקשה לדידי לקבל את הקביעה הגורפת, לפיה אין בדין הישראלי עילה לחייב ספקית למסור את זהותם של גולשים מעוולים, קשור לחובה למסור עדות (ראו י' קדמי, על הראיות (חלק ראשון, תשס"ד) 381) ולזכות 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, 358 - הנשיא שמגר; ההדגשות הוספו - א"ר; ראו גם ע"א 1211/96 עו"ד יורם ל. כהן מפרק אדאקום טכנולוגיות בע"מ נ' נשיונל קונסלטנטס (נטקונסלט) בע"מ, פ"ד נב(1) 481, 499; ע"פ 4491/07 בן דוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

י"א. אף אם נאמר, כי במערכת היחסים בין ספקית ללקוחותיה נוצרת חובת סודיות, לעת הזאת אין בדין הישראלי חיסיון הפוטר ספקיות אינטרנט מחשיפת פרטי משתמשים על דוכן העדים (להבחנה בין סודיות וחיסיון ראו א' שטיין, "חסיון בנק לקוח בדיני הראיות" משפטים כ"ה (תשנ"ה) 45, 48-54; י' עמית, "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי - ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי (תשס"ח) 247, 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 ירושלים) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה [פורסם בנבו] פסקה 16), בודאי כך שעה שהיא משמשת מחסה לעושי עוולה. העלאתה של האנונימיות לדרגת מעין קדושה, בגדרי "כיכר העיר המודרנית", אינה יכולה להפוך אותה למפלטו ומקלטו של הנבל.

י"ב. ברוח דבריו של חברי המשנה לנשיאה (פסקה 12) אזכיר, כי יחיאל די-נור ("ק. צטניק") העיד במשפט אייכמן בשמו האמיתי (המשפט של אדולף אייכמן (כרך שני, תשס"ג) 1034). דומה כי גם רומן גארי עצמו היה מודע לכך, שאם ייקלע להליך משפטי לא יוכל להסתתר מאחורי מסכת הפסבדונים אמיל אז'אר (ראו ר' גארי, חייו ומותו של אמיל אז'אר; נדפס עם ספרו עפיפונים (1983) 331, 338). לשון אחר, חרף מעלותיה של האנונימיות, ואף אם נניח כי קיימת זכות כללית לפרסם דברים באופן אנונימי - היא נדחית מפני האינטרס הפרטי

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

והציבורי בניהול הליך משפטי תקין והוגן. סבורני, איפוא, כי בהעדר חיסיון לא ניתן לייחס משקל רב מדי לטענת האנונימיות, שעה שזו נובעת אך מהנסיבה האקראית של העדר נתבע מתאים לנהל נגדו הליך, מקום שנתבע זה ניתן לאיתור באופן לא מסובך.

י"ג. עילת התביעה בה הכירו בתי המשפט הנזכרים מעלה מאפשרת לתובעים פוטנציאליים לחייב ספקיות אינטרנט למסור מידע - שאילו נזדמנה האפשרות לחקור את הספקיות לגביו מעל דוכן העדים היו חייבות למוסרו.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

במובן זה, אין - ולא יכולה להיות - לספקית האינטרנט ציפיה מוגנת, כי לעולם לא תיאלץ למסור את פרטי לקוחותיה, וללקוחות אין ציפיה מוגנת שפרטיהם לעולם לא יימסרו. לפי המצב המשפטי הנוכחי, גם הספקית וגם הלקוחות צריכים להיות מודעים לכך, שמעל דוכן העדים תהיה הספקית חייבת למסור את המידע שברשותה. במובן מסוים, משמעות יצירתה של עילת תביעה פסיקתית היא אך הרחבת הנסיבות בהן ייחשף המידע, ואם כן לא בבניין עיוני חדש עסקינן אלא בגבולותיו של מתוה משפטי קיים.

י"ד. כל זאת מעבר לעובדה, שרבים מהפרסומים המעוולים באינטרנט עלולים לגבש גם עבירה פלילית (לדוגמה עבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה - 1965 או לפי סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א - 1981) - ובמקרים כאלה, שחברי הזכיר כאפשרות, בודאי שלא ניתן להתייחס לציפיה מוגנת שלפיה תהא הספקית פטורה מהחובה "להשיב נכונה על כל השאלות" שיוצגו לה בחקירה (לפי סעיף 2 לפקודת הפרוצידורה הפלילית (עדות)). עילת התביעה שיצרה הפסיקה אותה איזכרנו אמנם מאפשרת ניהול הליך עצמאי נגד ספקית האינטרנט, אך אינה מעצימה את חובותיה של הספקית מעבר לאלה שהיו מוטלות עליה אילו זומנה כעד בהליך אזרחי, או לחקירה פלילית, נגד הגולש המעוול. כמובן, לגולשים ישנה ציפיה לגיטימית להישאר אנונימיים כל עוד לא עשו עוולות אזרחיות או עבירות פליליות - אך במקרים אלה, גם במסגרת עילת התביעה בה הכירה הפסיקה, לא יורו בתי המשפט על חשיפה.

עילת תביעה יציר הפסיקה לחשיפת נתבע פוטנציאלי במשפט המשוה

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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 34) לפרשת *Norwich Pharmacal* (Norwich Pharmacal Co. v. Comm'ns of Customs & Excise, [1974] A. C. 133 (H.L.)), בה קבע בית הלורדים - ללא עילה חקוקה - כי ניתן (בתנאים מסוימים) לנהל הליך נגד צד שלישי, על מנת לחייבו למסור מידע בדבר זהותו של נתבע פוטנציאלי (מעבר להפניות בחוות דעתו של חברי ראו גם K).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

LaRoche, G. Pratte, *The Norwich Pharmacal Principle and its Utility in Intellectual Property Litigation*, 24 Advoc. Q. 301 (2001); M. Yiu, *A New Prescription for Disclosure: Reformulating the Rules for the Norwich Order*, 65 U. Toronto Fac. L. Rev. 41 (2007)).

ט"ז. כפי שציין חברי, הלכת *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 Notes of Cases, *PRACTICE - discovery - disclosure of documents in hands of third party revealing identity of alleged defamer*, 11 Hong Kong L.J. 243 (1981); Mfr.'s Life Ins. Co. of Canada v. Harvest Hero Int'l Ltd. [2002] 1 H.K.L.R.D. 828 (C.A.); ואת (State Bank of India v. Fleet Nat'l Bank [2006] 1919 H.C.M.P. 2004 (C.F.I.) סינגפור (ראו J. D. Pinsler, *Early Development of Discovery Process in Singapore*, 1997 Sing. J. Legal Stud. 396, 423-426 (1997) כן ראו UMCI Ltd. v. Tokio Marine & Fire Insurance Co. [2006] SGHC 142 כפי שהוסבר בעניין העוסק בחיוב Odex Pte Ltd. v. Pacific Internet Ltd., [2007] SGDC 248 ספקית למסור פרטי IP חרף חובת הסודיות אותה היא חבה ללקוחותיה). לשון אחר, בתי המשפט, במסגרת חובתם לפיתוח המשפט, חידשו עילת תביעה מהותית, שנועדה לעמוד על זהותו של מעוול ולאפשר לנהל נגדו הליך אזרחי.

הליכים לחשיפת זהותם של גולשים מעוולים במשפט המשווה

י"ז. חברי מזכיר (בפסקה 34) כי בצוי *Norwich Pharmacal* - שהם כזכור יציר הפסיקה - נעשה באנגליה שימוש גם בהקשר של חיוב ספקיות ומפעילי אתרי אינטרנט לחשוף פרטים של גולשים מעוולים. מעבר לפרשת *Totalise* שהזכיר חברי (Totalise plc v. Motley Fool L.td, [2001] 2

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

Sheffield Wednesday Football Club נזכיר גם את פרשת (EWCA Civ 1897), (Sheffield Wednesday Football Club Ltd v. Hargreaves, [2007] EWHC 2375 (Q.B.)), שם הוציא בית משפט צו *Norwich Pharmacal* המחייב מפעילת אתר אינטרנט לחשוף שמות של גולשים אשר פרסמו באתרה דברים העשויים לגבש תביעת דיבה. עוד נזכיר, כי רק לאחרונה (2.12.09) ניתן באנגליה צו *Norwich Pharmacal* המחייב את Wikipedia (האנציקלופדיה המקוונת רבת הנוכחות) לחשוף פרטי IP של

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

גולש שתיקן ערך באנציקלופדיה המקוונת, תוך חשיפת מידע אישי רגיש הנוגע לתובעות - אֵם ובתה (ראו G & G v. Wikimedia Found. Inc., [2009] EWHC 3148). שימוש דומה בצווי *Norwich Pharmacal* לצורך זיהוי גולשים מעוולים נעשה גם בבתי המשפט בקנדה (ראו York University v. Bell Canada Enterprises, [2009] O.J. No. 3689 (S.C.J.); Warman v. Wilkins-Fournier, [2009] O.J. No. 1305 (S.C.J.)), ובסינגפור (פרשת Odex Pte Ltd. v. Pacific Internet Ltd. הנזכרת), אם כי בערכאות נמוכות.

י"ח. גם במדינות בהן לא התקבלה הלכת *Norwich Pharmacal* קיימות דרכים אחרות שבאמצעותן יכול תובע לעמוד על זהותם של גולשים שביצעו נגדו עוולות. חברי התייחס לתביעות מסוג John Doe הקיימות בארצות הברית, במסגרתן ניתנים צווים לספקיות ומפעילי 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's Time For Federal Civil Procedure To Recognize John Doe Parties*, 57 U. Pitt. L. Rev. 883 (1996)). קיימים גם מנגנונים אחרים, דוגמת הליך גילוי מוקדם לפי New York Civil Procedure rule 3102(c) - שאף הוא שימש בסיס לחיוב ספקיות אינטרנט לחשוף פרטי גולשים מעוולים (ראו Matter of Greenbaum v. Google, Inc., 845 N.Y.S. 2d 695 (Sup. Ct. 2007); Matter of Ottinger v. Non-Party The Journal News, 2008 N.Y. Misc. LEXIS 4579 (Sup. Ct. 2008); Matter of Cohen v. Google Inc., 2009 N.Y. Misc. LEXIS 2302 (Sup. Ct. 2009)). חיוב ספקיות אינטרנט לחשוף פרטי גולשים אנונימיים לפי סדרי הדין האזרחי המקומיים קיים בחלק ממחוזות קנדה - מעבר לתחולה העקרונית של הלכת *Norwich Pharmacal* (ראו לדוגמה Irwin Toy Limited v. Doe, [2000] O.J. No. 3318 (S.C.J.)).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

י"ט. ולבסוף נאמר, בתכלית הקיצור ולהשלמת התמונה, כי מדינות אחרות נקטו גישה שונה בתכלית - המגבילה מראש את היקפה של האפשרות לביטוי אנונימי באינטרנט - ועל כן הוגבלה משמעותית האפשרות כי הסיטואציה בה עסקינן תיוצר כל עיקר. כך לדוגמה בגרמניה, שם מוטלת מלכתחילה חובת הזדהות (*Impressum*) במקרים רבים (ראו A. 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, 396 (2008)). עיקרו של האמור, ללמדך כי בין באמצעות צוים מסוג *Norwich Pharmacal* ובין במנגנונים משפטיים אחרים,
בשיטות משפט מתוקנות ישנה דרך בה יכולים תובעים פוטנציאליים לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים. חוששני, כי תוצאה אחרת אינה סבירה, ולדידי אף אינה עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור.

יצירת 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). כך נקבע לגבי היזק שאינו ניכר (נזק שאינו משנה את גוף הדבר מכפי שהיה; לגביו ראו אנציקלופדיה תלמודית, בערך "הזק שאינו נכר"), שמעיקר הדין אינו מקים עילת תביעה:

> "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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> טהרותיו של חבירו, ואומר פטור אני" (בבלי גיטין נג ע"א; ההדגשה הוספה - א"ר).

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]".

כ"א. כך גם תיקנו חיוב שבועה לשניים האוחזים בטלית אחת וטוענים 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), אך אף על פי כן:

> "שבועה זו למה? - אמר רבי יוחנן: שבועה זו תקנת חכמים היא, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו, ואומר שלי הוא" (בבלי בבא מציעא ה ע"ב; ההדגשה הוספה - א"ר).

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 יש 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; ההדגשה הוספה - א"ר).

כ"ב. להלן נידרש למשקל שיש לתת לאינטרס הציבורי בשיח אנונימי - במובחן מהאינטרס של המעוול הפרטי שלא להתחייב בתשלומים; אך יש לזכור שמול אינטרס זה קיים גם אינטרס ציבורי "שלא יהא כל אחד

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ואחד הולך ותוקף" - אף הוא מעבר לאינטרס הפרטי של הנפגע לקבל פיצוי על נזקיו. לדידי אין ספק, כי לנגד עיניהם של בתי המשפט הרבים - בישראל ובחו"ל - שהכירו וחידשו 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.

הכרה בעילת התביעה - סיכום

כ"ג. ניתן לסכם ולומר, כי בתי משפט רבים בישראל הכירו בעילת תביעה נגד ספקיות ואתרי 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, ואינה שונה מהותית מעילות תביעה אחרות שנוצרו בפסיקה לאורך השנים. ניתן דעתנו לכך, כי אמנם משך מספר שנים נחלקו בתי המשפט לגבי התנאים בהם יש להורות על חשיפה, אך דומה כי קיומה של סמכות כשלעצמה מעולם לא היה במחלוקת אמיתית. בשנת 2001 נדרש השופט (כתארו אז) מ' חשין ליישום חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט - 1959 בעידן האינטרנט, וכך העיד:

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הספרדים העולמית שומרי נ' חבר הכנסת אופיר פינס פז, פ"ד נה(3) 159, 165; השופט, כתארו אז, מ' חשין).

אלא, שסגולתו וגדולתו של המשפט היא יכולתו להתפתח, מוטב כמובן על ידי המחוקק, אך גם בפיתוח פסיקתי - שהמשפט הבריטי ממנו הושרינו מובא כדוגמה הבולטת לכך. אך איננו צריכים להרחיק לכת לשדות זרים, שכן גם המשפט העברי מקדמת דנא הלך בדרך זו, ועוד במועד מוקדם פירש "עין תחת עין" שאמרה תורה (שמות כ"א, כ"ד) כפיצוי ממון (בבלי, בבא קמא פג ע"ב).

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

> "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" (י' זמיר, "חופש הביטוי באינטרנט" משפט וממשל ו' (תשס"ג) 353, 354).

שורת פסקי הדין הנזכרים הם דוגמה קלאסית לפעילות משפטית "במישור השני" - הסדרת השפעתה של הטכנולוגיה החדשה על המשפט הקיים.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

כ"ה. ועוד, כאמור, בהעדר חיסיון במערכת היחסים בין ספקית ולקוחות, הכרה בעילת תביעה כאמור אינה משנה באופן "דרמטי" את מערך הזכויות המהותיות. משמעות ההכרה בעילה כאמור, היא הרחבה בלבד של הזכות "להזמין כל אדם ליתן עדות" (לשון סעיף 1 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א - 1971), הרחבה של חובת הגילוי הקיימת כבר כעת מעל דוכן העדים. סבורני, כי לא היתה מניעה לעשות כן. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם הפסיקה שהובאה מעלה ממדינות הים, ועם העובדה שתוצאה אחרת - לפיה אין היום במדינת ישראל דרך לחייב ספקיות ומפעילי אתרים למסור את פרטיהם

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

של גולשים מעוולים - חוששני שאינה סבירה. כאשר ישנו ניזוק, וישנה עוולה, ויש דרך לזהות את המעוול - מצווים אנו לטעמי, כדי שנמלא כהלכה את תפקידנו, למצוא דרך שתאפשר הגשת תביעה.

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

כ"ז. כאמור, גם סקירת המשפט המשוה 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 שרשת האינטרנט מאפשרת. לסקירה בינלאומית זו משנה חשיבות שעה שעוסקים בעוולות באינטרנט - תחום שמטבעו חוצה גבולות בניד אצבע, וחובק תבל ומלואה. לענייננו, די לציין כי אותה תביעה שהוגשה נגד חברת Google בבית משפט השלום בירושלים (בש"א (שלום ירושלים) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה [פורסם בנבו]) ניתן היה להגיש גם במקום מושבה - ואז היו חלות ההלכות האמריקניות המאפשרות חשיפה. דומה, כי אופי בינלאומי זה מחייב באופן מוגבר במיוחד מתן משקל משמעותי לרוח

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הנושבת מעבר לים - ולא יהא דמו של מי שיכול להרשות לעצמו לתבוע בחו"ל אדום (ראו בבלי, פסחים כה ע"ב) 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). סבורני איפוא, כי אין זה מן הראוי שנקבע, כי כל פסקי הדין הנזכרים מעלה שגויים, וכי כל המותבים שמידם יצאו פעלו שלא בגדרי הדין. תחת זאת ראוי

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

תיחום עילת התביעה

כ"ח. בטרם נפנה לבחון את ההליך המתאים למימוש העילה, ואת גדרי 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, 47; ע' זלצברגר, "הסמכות המכוננת בישראל - שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש", משפט וממשל ג' (תשנ"ו) 679, 685; א' ברק, "מהות האקטיביזם השיפוטי על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט י"ז (תשנ"ג) 475, 483):

> "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" (י' שטרן, "אנטומיה של פסיביות

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

שיפוטית בדיני חברות - קוצר הנורמה הפוזיטיבית", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 811, 819).

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

כ"ט. חברי המשנה לנשיאה כותב, כי שאלת אימוצה של הלכת *Norwich Pharmacal* במשפט הישראלי "אינה שונה באופן מהותי מן השאלה שעניינה האפשרות להגיש תביעה נגד 'רן דן'" וכי היא 'סותרת ברוחה ובתכליתה את המסגרת הדיונית שהעמידו המחוקק ומחוקק המשנה בפני בתי המשפט' (פסקה 35). לדאבוני, אינני בטוח שאני רואה את הדברים עין בעין עם חברי. בניגוד לתביעות "רן דן" (John Doe) שאינן מתיישבות עם סדרי הדין בישראל (לענייננו, "דן" הוא המפרסם ודן את חבירו ברותחין על לא עוול, והוא יהיה ל"רן" אם תיחסם הדרך לתביעה), עניינה של הלכת *Norwich Pharmacal* הוא במשפט המהותי. מבחינה דיונית, הצדדים להליך מסוג *Norwich Pharmacal* ידועים - ולדידי היא משתלבת במסגרת הדיונית המוכרת, ואינה סותרת ברוחה ובתכליתה מסגרת זו. אכן, מדובר בהכרה פסיקתית בעילת תביעה חדשה; או בניסוח אחר - בהכרה פסיקתית בחובה של צדדים שלישיים (שיש להם מעורבות מסוימת באירוע העוולתי) כלפי תובעים פוטנציאליים. הכרה בחובה כאמור אינה דבר של מה בכך, אך גם אינני

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

רואה סתירה עקרונית בינה לבין רוחה ותכליתה של המסגרת הדיונית הקיימת.

ל. על כל פנים, בגדרי הליך זה אין צורך בהפשטה כאמור, או בקביעת כלל גורף בדבר תחולתה של הלכת *Norwich Pharmacal* במשפט הישראלי. פסקי הדין של הערכאות הדיוניות התייחסו לתביעה נגד ספקיות ואתרי 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 על מנת לחייבו למסור מידע בדבר נתבע פוטנציאלי.

ל"א. די להתייחס לשני מאפיינים: ספקיות אינטרנט הן חברות למטרת רווח הפועלות מכוח רשיון מיוחד לפי סעיף 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב - 1982. כיון שמדובר בחברה למטרת רווח, קשה לאפשר למשיבה להישמע בטענה, כי היא "מוצאת עצמה... שוב ושוב, נדרשת להפוך 'למלשין הלאומי'" (סעיף 4 לתגובת המשיבה מיום 1.7.07). למשיבה, כמו ליתר הספקיות, שיקולים כלכליים משלהן, והן - בניגוד לאדם פרטי שמידע בדבר זהות נתבע פוטנציאלי הגיע לידיו באקראי - יכולות לבחור אם הצר

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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, במסגרת קביעת האיזונים בין האינטרסים השונים, יינתן משקל גם להטרחה זו). כך, מה גם שהקשר בין הספקיות ללקוחותיהן הוא קשר חוזי, ובידיהן לנסח הסכם באופן המגן על זכויותיהן אל מול הלקוח במקרה של גולש מעוול.

ל"ב. ועוד, אמנם פעולה מכוח רשיון כשלעצמה אינה הופכת "את פעילותו של אותו גוף לפעילות בתחומי המשפט הציבורי" (ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 517 - השופט, כתארו אז, ברק; בג"צ 126/84 גלבוע נ. מפעל הפיס, פ"ד לט(4) 68), אך ברי כי גם אין הספקית אדם פרטי. הספקיות מספקות שירות לציבור, נמסר לידן משאב ציבורי, הן משתמשות בתשתיות בזק קיימות, וככאלה נושאות הן בחובות כלפי הציבור - חובות שאין אדם פרטי נושא בהן. יש בהן איפוא אם לא משום דו-מהותיות, משום מהותיות מורכבת; קרי, ממד נוסף של חובות (לעניין דו-מהותיות ראו בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל [פורסם בנבו]; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196; לדילמת הסיווג ראו א' הראל, גופים דו-מהותיים - גופים פרטיים במשפט המינהלי (תשס"ח) 109-115; 159-160).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

"5.4 <u>פעילות הוגנת</u>

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

> 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...".

די בשני מאפיינים אלה - היות הספקיות חברות הפועלות למטרת רווח, והעובדה שהן פועלות מכוח רישיון ונושאות בחובות מסוימות כלפי הציבור - להסביר, מדוע עילת התביעה בה הכירו הערכאות הדיוניות, ובה אני תומך, מוגבלת לנסיבותיה - תביעות נגד ספקיות אינטרנט.

ל"ד. לא אמנע מאמור, כי ישנם טעמים טובים מאוד להחיל את עילת התביעה ביתר שאת גם ביחס למפעילי אתרי אינטרנט, המפרסמים או מציעים במה לתכנים עוולתיים שמעלים צדדים שלישיים - ואף עניין זה נדון בערכאות הדיוניות (ראו, בין היתר, ת"א (שלום תל אביב) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (לא פורסם) פסקאות 135-133; השוו גם בש"א (שלום ירושלים) 2403/09 אריאל נ' חברה זרה שמקום מושבה בקליפורניה [פורסם בנבו]). מעבר לכך שחיוב מפעילי האתרים למסור כתובות IP היא חוליה הכרחית בדרך לזיהוי גולשים מעוולים (ראו פסקה 10 לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה; פסקה 2 ופסקאות 43-42 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 בהן ניתן לראות "צינור" המקשר בין הגולשים לרשת האינטרנט, וככזה כסוי עיניים לתנועה המתנהלת בו - לאתרי אינטרנט

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

אחריות על התכנים המצויים בהם; לרבות - במקרים המתאימים - לתכנים שהעלו צדדים שלישיים.

ל"ה. אמנם סוגיית אחריותם בנזיקין של מפעילי אתרי אינטרנט לתכנים שהעלו לאתר צדדים שלישיים 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 כפר סבא) 7830/00 בורוכוב נ' פורן [פורסם בנבו]; ת"א (שלום ת"א) 32986/03 בושמיץ נ' אהרונוביץ' [פורסם בנבו]; ת"א (שלום תל אביב) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הארץ בע"מ [פורסם בנבו]; בהקשר של הפרת זכויות יוצרים ראו, ת"א (שלום ת"א) 64045/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל [פורסם בנבו]; לגישה שונה ראו ת"א (שלום תל אביב) 37692/03 סודרי נ' שטלריד [פורסם בנבו] פסקה 36). כך לדוגמה בפרשת בושמיץ:

> "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 קונקרטית על מנהל פורום כשלוחו של ספק השירות" (סגנית הנשיאה אלמגור).

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

ל"ו. אין בדברים אלה, התוחמים את עילת התביעה לספקיות ומפעילי אתרי אינטרנט, כדי לומר שבמקרים אחרים לא יכירו בתי המשפט

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

בעילת תביעה רחבה יותר, נגד צדדים שלישיים נוספים שבידם לשפוך אור על זהותו של נתבע פוטנציאלי - אך עניין זה חורג מהתיק שלפנינו, והידרשות אליו אינה עולה בקנה אחד עם דרכו של בית המשפט ללכת "מן הפרט אל הפרט" (מ' לנדוי, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט ח' (תשמ"ב) 500, 502), "ממקרה קונקרטי אחד למקרה קונקרטי אחר" (ברק, חקיקה שיפוטית, 49). כפי שכתב חברי המשנה לנשיאה במקום אחר,

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ובעניין אחר, "טוב לה להלכה שתתפתח עקב בצד אגודל" (בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית [פורסם בנבו]). עד כאן בכל הנוגע לתיחום עילת התביעה.

ההליך המתאים למימוש 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 השניה:

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

לשיטת 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 לבית המשפט המחוזי. עם זאת... הגשת בקשה כזו עשויה להעיד על חוסר תום לב של המבקש" (פסקה 15). ואכן, במספר מקרים הלכו ערכאות דיוניות במסלול דיוני זה של תביעות John Doe (ראו בש"א (שלום תל אביב) 178523/08 פריד נ' פלוני (לא פורסם); ת"א (שלום תל אביב)

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

22992-09-09 מכון התקנים הישראלי נ' פלוני (לא פורסם); בש"א (שלום ראשון לציון) 3189/09 בלושטיין נ' פלונית (לא פורסם)).

ל"ח. ברם, בעניין זה מקובלים עלי דברי חברי המשנה לנשיאה: "חקיקת 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, תשמ"ד - 1984 הקובעת, כי כתב תביעה יכלול את שמו של הנתבע. אך יתר על כן, סבורני כי לא רק העדר טכני של שם הנתבע בכתב התביעה הוא לב הבעיה - הבעיה נעוצה בכך, שאם אין נתבע אין הליך. המחוקק טרם הסדיר את סוגיית חשיפת זהותם של גולשים מעוולים בדין המהותי, וכאמור לבתי המשפט ישנה סמכות להכיר בעילות תביעה שאינן חקוקות. לעומת זאת, המחוקק, ומחוקק המשנה, הסדירו באופן פוזיטיבי את סדרי הדין - ובישראל, כך דומה, אם אין נתבע אין הליך. דומני, כי כאן מרחב התמרון השיפוטי מצומצם יותר. אף לגופו של עניין, חסרונותיו של הליך מסוג John Doe ברורים (לרבות התיקונים הרעיוניים הנרחבים ביותר שיש לשלב בתקנות סדר הדין). בעניין זה, אין לי אלא להצטרף לסקירתו המקיפה של חברי המשנה לנשיאה (פסקאות 26-31).

ל"ט. את הדרך הדיונית למימוש עילת התביעה יש לגזור מסדרי הדין הקיימים. בהתחשב בטיב הדיון, שאינו כרוך בבירור עובדתי מורכב (ראו ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314; ע"א 2106/91 מזור נ' וחידי, פ"ד מז(5) 788; א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה עשירית, תשס"ט) 485-502; מ' קשת, הזכויות הדיוניות וסדר הדין המשפט האזרחי (מהדורה 14, תשס"ז) 964) - נראה כי הדרך הראויה היא הגשת המרצת פתיחה, שהמשיבה בה היא ספקית האינטרנט (או מפעילי האתר) - בחינת "את

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

פתח לו" שבהגדה. בעניין זה מקובלים עלי דברי סגנית הנשיאה פלפל בעניין ברוקרטוב:

> "ההיה מקום להגיש את התובענה בדרך של המרצת פתיחה?

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> ...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... 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. אשר על כן אני קובעת שהיה מקום להגיש התובענה בדרך זו" (ה"פ (מחוזי תל אביב) 250/08 חברת ברוקרטוב בע"מ נ' חברת גוגל ישראל בע"מ [פורסם בנבו] פסקה ו').

כיון שעניינה של עילת התביעה הנוכחית הוא חשיפת 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 - ועל בית המשפט יהא לבחון אם יש ממש בטענה זו, ואת סיכוייה של התביעה הפוטנציאלית (ועל כך להלן). כמובן שככל המרצת פתיחה, גם ההמרצה בהליך זה תלווה בתצהיר (תקנה 255 לתקנות סדר הדין האזרחי, יחד עם תקנה 241(א) לתקנות), ובכך תונח בפני בית המשפט תשתית עובדתית. בכל הנוגע לסמכות העניינית סבורני, כי ניתן ללכת בדרכו של בית המשפט קמא: אם התביעה הפוטנציאלית היא בסמכות בית משפט השלום, תוגש המרצת הפתיחה לבית משפט השלום; אם התביעה הפוטנציאלית היא בסמכות בית משפט מחוזי, תוגש המרצת הפתיחה לבית המשפט המחוזי.

מ. משעמדנו על קיומה של עילת תביעה ישירה כלפי ספקיות ומפעילי אתרי אינטרנט, המאפשרת לחייב אותם למסור פרטי גולשים מעוולים

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

לצורך ניהול הליך משפטי, ומשעמדנו על הדרך הדיונית למימושה - יש לפנות ולבחון את גדרי העילה במשפט המהותי, תוך איזון בין

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

עילת התביעה - גדרים מהותיים

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

> "בקצירת האומר אציין, כי הגישה האחת (גישתה 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.
>
> בקוטב הנגדי עומדת הגישה (בה אוחזת 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.
>
> 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'".

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

דעתי בשאלה לא פשוטה זו קרובה לעמדתה של סגנית הנשיא פלפל בתוספת מסוימת כפי שיפורט, אך על מנת לנמק קביעה זו יש להידרש, בקצרה, לניתוח האינטרסים הנוגדים הפועלים בענייננו.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

נוסחת האיזון: האם מעוול אנונימי ראוי להגנה רחבה יותר ממעוול שזהותו ידועה?

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 רבות במשפט הישראלי, במסגרת הליכים שנוהלו בין נפגעים למפרסמים 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"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 675 - הנשיא ברק; עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136; בג"צ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, פ"ד מח(2) 456).

מ"ג. לאורך עשרות בשנים קבע בית משפט זה הלכות רבות ומפורטות המסדירות את האיזון בין הבטחת 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, פ"ד מח(1) 251; ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314; בהקשר הציבורי ראו בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871). חשוב להטעים, כי פסק דין זה בו 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 פרטי המפרסם, שיוותר אנונימי. לשון אחר, זכותו של הגולש

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

שנחשף לחופש ביטוי שמורה לו ומוגנת בהגנות ובעקרונות שנקבעו בפסיקה - כמותו ככל אדם המפרסם דבר מה בשמו המלא.

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

מקדמי, במעגלות שמסביב לגרעין הקשה, שעניינו הפגיעה באנונימיות (לא בחופש הביטוי במובנו המצומצם) במקרה של פרסום עוולתי. על מנת 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 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.

מ"ה. לשון אחר, עניינו של הליך זה הוא זיהוי המקרים בהם תחויב ספקית אינטרנט להסיר את מסך האנונימיות, ובכך להשוות את מעמד המפרסם האנונימי למעמדו המשפטי של מפרסם שזהותו - מבחירה, מחוסר מחשבה, מביש מזל או מכל סיבה אחרת - ידועה. השאלה היא איפוא שאלת היקף ההגנה שיש להעניק למסך האנונימיות, מעבר להגנות המוקנות לחופש הביטוי בדין המהותי - שהרי האחרונות ימשיכו לעמוד לגולש האנונימי גם אחרי שזהותו נחשפה; וממילא, בהעדר תביעה טובה לא יורה בית המשפט על חשיפה. ויודגש, המדובר בחשיפתם 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 איפוא, האם מעוול שבחר לפרסם את דבריו בעילום שם ראוי להגנה רחבה יותר ממעוול 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?

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

הימנעות ממתן הגנה ייחודית לאנונימיות במשפט המשווה

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

> "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 . . . . The summary judgment test is itself the balance." Doe No. 1 v. Cahill, 884 A.2d 451, 460-61 (Del. 2005).

המבחן היחיד הוא, האם הציג התובע תביעה טובה המגלה עילה (בית המשפט במדינת Delaware התייחס לאמת המידה של summary judgment. בתי

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

משפט אחרים התייחסו לאמות מידה אחרות). אם הוצגה תשתית כאמור, יש לחשוף את

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

זהות 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 כיון שהנתבע בחר להתבטא באופן אנונימי.

מ"ח. גישה דומה ננקטה (בשנת 2009) בבית המשפט לערעורים של Washington DC (הערכאה העליונה במחוז הבירה) בתיק בו נטען, כי גולש אנונימי מסר לצד שלישי המפעיל אתר אינטרנט מידע (שהתברר כשקרי) לפיו עושה התובעת שימוש "פיראטי" בתוכנות מחשב. לשיטת החברה התובעת היה במידע זה גם משום הוצאת דיבה, וגם משום פגיעה נזיקית אסורה בעסקיה ("tortuous interference with prospective advantageous business opportunities"). התביעה נדחתה לגופה, כיון שלא הוכחו יסודות העוולה - אך בית המשפט לא נמנע מדיון עקרוני בשאלת 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' test"), ולצורך ביידוע הנתבע הפוטנציאלי על ניהולה (יש לזכור, כי כיון שהתביעה התנהלה כתביעת John Doe, הנתבע הפוטנציאלי הוא גם הנתבע בהליך החשיפה). ברם, בכל הנוגע לנוסחת האיזון המהותית נקבע:

> "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. . . .
>
> [W]e agree with the concurring judges in *Brodie* a separate balancing test at the end of the analysis is not necessary." Solers v. John Doe, 977 A.2d 941, 954-56 (D.C. 2009)

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

מ"ט. גישה דומה ננקטה בבית משפט לערעורים במדינת קליפורניה. באותו מקרה מי שהיתה יו"ר של חברה מסחרית ביקשה לחייב את חברת Yahoo! לחשוף את זהותם של גולשים אשר פירסמו מידע משמיץ על אודות החברה ומנהליה באחד מאתריה. בית המשפט פתח בסקירת חשיבות 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, 159 Cal. App. 4th 1154, 1162 (Cal. Ct. App. 2008).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

אף על פי כן, חרף ההכרה בחשיבות השיח האנונימי, גם אותו בית משפט נקט בגישה לפיה 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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> 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." *Id*. at 1172.

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

נ. גם במשפט האנגלי התנאים למתן צו מסוג *Norwich Pharmacal* נגד ספקיות או אתרי אינטרנט אינם שונים עקרונית ממתן צוים מסוג זה נגד כל צד שלישי אחר - ולא נקבעה מערכת כללים ייחודית לתביעות הנוגעות לחופש ביטוי או לאינטרס החברתי באפשרות לביטוי אנונימי (ראו לדוגמה פרשת *Sheffield*, שם הוחלו העקרונות שנקבעו בעניין Mitsui Ltd v Nexen Petroleum UK Ltd, [2005] EWHC 625 שעסק בחיוב חברה למסור מידע עסקי). בפרשת *Totalise* הביא בית המשפט לערעורים מדברי הערכאה הראשונה, ודומה כי הדברים משקפים את גישת בתי המשפט האנגליים:

> "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." *Id*. at para. 9 (citation omitted).

הנה אותו מסר ערכי, שביסודו שמו הטוב של האדם.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

נ"א. ברם, חרף הגיונה הברור, גישה זו אינה ממצה את מכלול השיקולים והאיזונים שיש לתת אליהם את הדעת. מקובלים עלי דברי חברי המשנה לנשיאה בדבר התועלת החברתית-ציבורית במתן האפשרות להתבטא באופן אנונימי (במובחן מהתועלת למעוול הפרטי):

> "היכולת לשמור על עילום-שם היא לעיתים 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... יתכנו 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, אין הגישה המתוארת מעלה מצדדת חלילה באיסור על ביטוי אנונימי (עניין בו דן בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת *McIntyre* אליה נדרש חברי בפסקה 11 לחוות דעתו); אף אין היא מאפשרת חשיפת גולשים שאינם מעוולים. אף על פי כן, סבורני כי ניתוח המכלול מחייב להתייחס לאפקט המצנן שעלול להיות לאפשרות חשיפתם של גולשים מעוולים על השיח האנונימי שאינו עוולתי באינטרנט. ויודגש, אין מדובר בפגיעה בזכות להביע דעות שאינן עוולתיות בעילום שם (אליה נדרש חברי המשנה לנשיאה), אלא רק בחשש שמא אנשים יירתעו מעשיית שימוש שאינו עוולתי בה - שמא חלילה ישגו בתי משפט ויורו על חשיפתם שלא בצדק.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

נ"ב. על מעלותיה, ויתרונותיה החברתיים, של האפשרות להתבטא באופן אנונימי בשיח הציבורי אין צורך להכביר מלים. הכל יודעים, כי אינם דומים משובים אנונימיים, לאלה הנערכים בגילוי שם (ראו בג"צ 1919/09 רס"ל בן עזרא נ' שר הביטחון [פורסם בנבו] פסקאות י"א וכ"ב); כי חושפי שחיתויות נוטים לעשות זאת, למצער בשלב הראשון, בעילום שם (עניין ציטרין, 359-358; א' הרנון, "הגנה על יחסי אמון: היש להכיר בחסיון העתונאי?" עיוני משפט ג' (תשל"ד) 542, 551

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

-550); וכי לעתים הדרך היחידה בה קבוצות מיעוט מסוגים שונים יכולות 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* לפני שנות דור:

> "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, 362 U.S. 60, 64 (1960).

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

נ"ד. ואכן, במספר מדינות בארצות הברית נקבע, כי אף אם הוכיח תובע עילת תביעה טובה (קרי, אף אילו היתה התביעה מתקבלת לוא היתה זהות הנתבע ידועה) - על בית המשפט לאזן גם בין הזכות לאנונימיות לבין האינטרס

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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, בית משפט זה סבר, כי אף אם היתה התובעת מוכיחה שבידה תביעה טובה נגד הגולשים, נדרש איזון נוסף שעניינו הפגיעה בשיח האנונימי:

> "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 No. 3, 342 N.J. Super. 134, 142 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001).

פסק דין זה אמנם אוזכר ונותח על ידי ערכאות רבות במדינות שונות בארצות הברית, אך בשולי הדברים נציין כי הנושא לא הובא בפני בית המשפט העליון של מדינת New Jersey - אם כי האחרון נדרש לפסק הדין בעניין *Dendrite* בהערת שוליים, והדגיש כי אין הוא מביע דעה לגבי אמות המידה שנקבעו בו (State v. Reid, 194 N.J. 386 (2008), הערת שוליים 4).

נ"ה. הצורך באיזון נוסף, מעבר 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 *Dendrite*:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

"[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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

> identity, prior to ordering disclosure." Indep. Newspapers, Inc. v. Brodie, 407 Md. 415, 456 (Md. 2009).

נ"ו. ואולם, 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 ואינטרסים נוגדים, כי הסדרים אלה הם הסדרים ממצים, וכי אין מקום לאיזון נוסף מעבר לאיזון שנקבע בדין המהותי הקיים. עוד הם מוסיפים, כי לא ברור מהם אותם איזונים שיש לערוך מעבר לאלה שקבועים בדין המהותי, מה ההצדקה להם וכיצד עלולים 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." *Id.* at 460 (Adkins, J., concurring).

נוסחת האיזון - הכרעה

נ"ז. דברים אחרונים אלה של שופטי המיעוט - העולים בקנה אחד עם דעת הרוב בשלוש המדינות הנזכרות מעלה - מקובלים עלי. סבורני, כי ככלל כאן מונחת נקודת האיזון. לשון אחר, אם אכן הוכח שלפי האיזונים המקובלים בדין המהותי קיימת למבקש החשיפה עילת תביעה טובה (על

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

גדריה המדויקים נעמוד בהמשך), ראוי להורות על חשיפה. אכן, אף אם עלול להיטען כי לעניין זה

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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 משך שנים כה רבות.

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

נ"ט. אם תישמע דעתי, ברירת המחדל תהיה, כי כאשר תובע מראה שבידיו תביעה טובה נגד גולש מעוול אנונימי - יורה בית המשפט על חשיפה; קרי, אם מדובר במקרה, בו אם היתה זהות הגולש ידועה היתה תביעה נגדו מתקבלת - יש להורות על חשיפת זהותו. אמרתי ברירת מחדל, כיון שלדידי, והדברים נאמרים בנשימה אחת, יש להותיר את סמכות בית המשפט להורות על חשיפה כסמכות שבשיקול דעת (בדומה להלכה בעניין צוי *Norwich Pharmacal*) - ויתכנו מקרים בהם יימנע בית המשפט מהורות על חשיפה.

ס. לדוגמה, בית המשפט יימנע מלתן סעד למי שעושה שימוש בזכות התביעה בחוסר תום לב. בית המשפט יבחן, האם באמת מתכוון התובע לממש את תביעתו, או שמא מדובר במסע דיג לצורך זיהוי המפרסם (עילת התביעה בה אנו מציעים להכיר, בדומה לצווי *Norwich Pharmacal*, נועדה לאפשר עמידה על זכויות משפטיות, ולא נקמנות גרידא). הוא

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

הדין לתביעות קטנוניות שיש לראות בהן "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 מהוה עילה. רבות מן התגוביות באינטרנט הן דברי הבל ברמה ירודה, שכל בר דעת מבין כי אין לייחס להן כל משקל, וערכן "העוולתי" הוא בהתאם.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

יש להתחשב בסיכויים שחשיפת כתובת IP אכן תביא לזיהוי המפרסם (ועל כך בהמשך), ובמידה מסוימת גם בטרחה הנגרמת לספקית או למפעילי האתר (לשאלת הטרחת 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 [פורסם בנבו] פסקה ו'; ע"א 1167/01 עיריית ראשון לציון נ' בנק הפועלים ע"מ [פורסם בנבו] פסקה 12); בהקשר הספציפי של צוי *Norwich Pharmacal* ראו גם Ashworth Security Hospital v MGN Limited, [2002] UKHL 29; UMCI Ltd. V. Tokio Marine & Fire Insurance Co. [2006] SGHC 142).

רמת ההוכחה של התביעה הפוטנציאלית

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

> "על התובע להראות שסיכויו 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 להוות לשון הרע מבלי שתעמוד לנתבע ההגנה של הבעת דעה" (פסקה 38).

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> "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* 884 A.2d at 457.

כמובן על התובע להציג תשתית עובדתית אך ורק ביחס ליסודות התביעה המצויים בשליטתו ואינם תלויים בידיעת זהות הגולש (פרשת *Cahill*; פרשת *Solers*; Mobilisa, Inc. v. Doe, 217 Ariz. 103 (2007)). אין הוא נדרש להוכיח, לדוגמה, כי הגולש האנונימי אינו קטין הפטור מאחריות נזיקית. בסופו של יום יש לזכור, מדובר בתביעה שעניינה אירוע שכבר התרחש, דברים שכבר פורסמו - ועל כן התשתית העובדתית העיקרית כבר מצויה בפני בית המשפט, והיכולת לעמוד על טיבה וסיכוייה של התביעה אינה שונה באופן משמעותי מהיכולת לעמוד על טיבה בהליך הרגיל.

תנאים מוקדמים לקבלת תביעה לחשיפת זהותו של גולש מעוול

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 בו פורסם הביטוי המשמיץ; (2) יידוע הגולש על הכוונה לנקוט בהליך משפטי, ויידועו על זכותו להגיש התנגדות במעמד צד אחד ומבלי שזהותו תחשף; (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 בקופת בית המשפט.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ס"ד. חוששני, כי לרוב התנאים אין בידי להסכים. עיקרם נובע מגישת בית המשפט קמא, לפיה יש לנהל את ההליך כתביעת John Doe שבמסגרתה הגולש האנונימי הוא הצד שכנגד. אכן, מדובר בתנאים שהגיונם בצדם ותמיכה מסוימת להם ניתן למצוא במשפט המשוה. כך, במקרים מסוימים על מנת לזכות בצו מסוג *Norwich Pharmacal* על תובע להראות כי אין לפניו דרכים אחרות להשגת המידע (בקשר לחשיפת מקור עיתונאי ראו לדוגמה: John v. Express Newspapers plc, [2000] 1 WLR 1931; Special Hospitals Service Authority v. Hyde, [1994] 20 BMLR 75). אשר לדרישות שעניינן יידוע הגולש בדבר ההליך, ומתן האפשרות להתנגדות - לאלה תימצא מקבילה, בין היתר, בחלק מהפסיקה האמריקאית שנסקרה מעלה.

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

וכבר התייחסנו לאינטרס שצדדים שלישיים לא ייגררו להליכים לא להם - אך אין לראות בפניה מוקדמת, או בפרסום הודעה באתר האינטרנט, משום תנאי מוקדם הכרחי בכל מקרה (כמקובל לגבי צוי *Norwich Pharmacal* וכדעת בית המשפט בעניין *SOLERS*). גם הדרישות שעניינן יידוע הגולש בדבר ההליך המתנהל, ומתן האפשרות להגשת התנגדות חסויה, קשורות ישירות להצעה לנהל את ההליך כתביעת John Doe שאיני שותף לה.

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

"בְּדֵי עָמָל אֶפְרֹשׂ כְּנָפַי,
כִּי רַב, כִּי רַב הַלְּבוּשׁ הוּא,
שֶׁבּוֹ עָטוֹף עָטְפָה אִמִּי
בֶּן כָּנָף, חָלוּשׁ הוּא.

וּבְעֵינֵי אִמִּי אָצִיץ,
נַפְשִׁי בִּי מִשְׁתּוֹחַחַת.
מָנְעָה מִמֶּנִּי אַהֲבָתָה
לִהְיוֹת צִיפּוֹר פּוֹרַחַת"

(א' מאנגר, שירים ובלדות (בתרגום בנימין טנא) 220-221). מנגד, כפי שיפורט, סבורני כי יש לקבוע שבטרם העברת המידע המצוי בידי הספקית לתובע יעיין בו בית המשפט בעצמו, ולכך נפנה עתה.

עיון בית המשפט במידע לגביו נטען חיסיון

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

ס"ז. בשנים האחרונות התקבלה בפסיקת בית משפט זה התפיסה, לפיה בבואו להכריע בטענת חיסיון על בית המשפט לעיין במסמך לגביו נטען החיסיון, בהתאם לסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד - 1984:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

> "119. טענת חסיון
> הוגשה בקשה למתן צו למסירת שאלון, או לעיון במסמכים, ונטענה טענת חסיון לגבי שאלה פלונית 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 האמור בזה בא לגרוע מזכותה של המדינה לסרב להראות מסמך".

"אכן, משכבר הימים פורשה תקנה זו ככרוכה בחשד בכנות תביעת החיסיון, ועל כן כמי שאינה מיועדת לשימוש בדרך שיגרה" (רע"א 2498/07 מקורות חברת מים בע"מ נ' בר [פורסם בנבו]); אך כיום נשתנה הגישה והכלל הוא עיון:

> "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).
>
> לאור השיקולים הללו, נראה כי במחלוקות מהסוג הנידון כאן, הכלל צריך להיות שימוש

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

בתקנה 119, ורק מקום שבו עיון של בית המשפט במסמך שבמחלוקת אין בו כדי לתרום להבהרת טענת החיסיון, ייתייתר הצורך בעיון כזה" (רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' שימקו [פורסם בנבו] - השופט, כתארו אז, ריבלין).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

(ראו גם רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' לוין [פורסם בנבו]; עע"מ (מנהליים) 4757/08 קליר כימיקלים שיווק (1994) בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון [פורסם בנבו] רע"א 7867/06 פקיד שומה חיפה נ' לוסקי [פורסם בנבו]).

ס"ח. דומה בעיני, כי שיקולי מדיניות אלה יפים, ביתר שאת, גם בענייננו. זאת, גם נוכח המורכבות הטכנית הנובעת מהעובדה שחשיפת כתובת IP לא תמיד מובילה ישירות לזיהוי הגולש שפירסם את התכנים העוולתיים - ומנגד עשויה היא לפגוע בזכויותיהם ובפרטיותם של צדדים שלישיים שאינם קשורים לפרסום:

> "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, בבחינת 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).

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

ס"ט. כיון שמדובר בהליך המתנהל בין שני צדדים, ועניינו חשיפת מידע הנוגע לצד שלישי - יוכל בית המשפט במקרים חריגים, ליישם את ההלכות המאפשרות לצד שלישי להישמע בטרם חשיפת מידע אודותיו (ראו בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית [פורסם בנבו]; עניין סקולר, עמ' 774; בר"ע (מחוזי ירושלים) 3186/07 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' בביאן [פורסם בנבו]; בר"ע (מחוזי ירושלים) 1002/09 העצני נ' וילנאי-פדרבוש [פורסם בנבו]; ת"א (מחוזי חיפה) 726-05 אטיאס נ' קפה דיזל בע"מ [פורסם בנבו]; עמית, קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים, 290-291).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

אכן, ככלל, במקרים אלה זהותו של הצד השלישי ידועה לצדדים, ואילו כאן הזהות עצמה היא המידע המבוקש - אך דומה, כי אם יסבור בית המשפט שאין מנוס משמיעת הצד השלישי (וכזכור, מדובר בבעל כתובת ה-IP אך לאו דווקא מפרסם 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 עליהם עמד חברי המשנה לנשיאה (פסקאות 30-29).

ע. סוף דבר, הפסיקה הקיימת (לגבי תקנה 119 ולגבי שמיעת 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 *Totalise* נדרש בית המשפט לערעורים לעובדה, שבדיון לקבלת צו מסוג *Norwich 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:

> "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" *Id.* at para. 26.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

פתרון אפשרי שמציע בית המשפט, הוא מתן שיקול דעת להורות לספקית או למפעילי אתר האינטרנט לפנות לגולש ולבקש את עמדתו הכתובה, וזו תובא בפני בית המשפט מבלי שזהות הגולש תיחשף:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

> "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." *Id.*

רעיון דומה הועלה בפסק הדין בפרשת *Solers* במסגרת החובה שהוטלה על תובע ליידע את הגולש הפוטנציאלי על 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 תביעה.

ע"א. ולבסוף, בכל הנוגע לתנאי האחרון אליו 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 להיפרע ממנו בגין הוצאות אלה (הסדר דומה קיים באנגליה בכל הנוגע לצוי *Norwich Pharmacal*; ראו Totalise plc v. Motley Fool Ltd., [2003] 2 All ER 872; Campaign Against Arms Trade v BAE Systems PLC, [2007] EWHC 457).

סיכום

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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 ומפעילי אתרי אינטרנט לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים. אף אם לעת הזאת

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

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

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 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 אינני 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, יתכן שגולש מעוול אשר יבחר לעשות שימוש בכלים אלה יוכל לחמוק מההסדרים ומהאיזונים המתוארים בפסק דין זה. ברם, עצם קיומה של אפשרות זו אינה

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

מצדיק להתעלם מהסדרת האפשרות לחשוף את זהותם של גולשים מעוולים באותם מקרים בהם הדבר אפשרי. המדובר 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.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

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

יישום בנסיבות

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

> "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).

ע"ז. מנגד, לגבי הפרסומים נשוא בר"ע 1632/07 [פורסם בנבו] קבע בית המשפט, כי היה מקום להורות על חשיפת הגולש:

> "נחזור ונשים נגד עיננו את תוכן הדברים: 'רמי מור שרלטן... רמי מור הוא גנב... די נמאס

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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'.

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

> משלח ידו, אין לראותם כפרסומים בתחום העסקי גרידא, אלא כפרסומים הנופלים ב"תפר" בין המישור הפרטי למישור העסקי-מסחרי.
>
> סוג האתר: 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...
>
> תוכן הביטוי וסיכויי התביעה: התבטאויות אלו, הנפרסות על פני תקופה של שלושה חודשים, נושאות לכאורה אופי של "מערכה" כנגד המבקש, ונראה כי נכתבו על ידי אותו גולש. הפרסומים תוקפים את המבקש במישור האישי תוך שימוש בביטויים נוסח 'גנב' ו'שרלטן' המשחירים את פניו, והכותב האנונימי אף פוגע במהימנותו של המבקש במסגרת הפורום, בכך שהוא מייחס לו 'שתילת' הודעות מפוברקות.
>
> 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...
>
> אני נוטה לדעה כי הפרסום חורג מהבעת דעה לגיטימית ומקים לתובע עילת תביעה לכאורית שיש בה ממש" (פסקה 49).

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

mnt/data/07044470-p10.doc/

ע"ט. בעניין זה מקובלים עלי דברי חברי המשנה לנשיאה (פסקה 37), כי בנסיבות אין הצדקה משפטית לקביעת תחולה פרוספקטיבית בלבד (ראו עניין סולל בונה הנזכר בדברי חברי; השוו עוד ע' קפלן-הגלר, "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" מאזני משפט ד (תשס"ה) 125); א' סהר, "על פרוספקטיביות ורטרוספקטיביות ועל עיקרי מוסר, צדק, הגינות וביטחון משפטי" רפואה ומשפט 34 (2006) 140) - שמו הטוב של הזולת מוטל בכף. בית המשפט קמא התייחס לכך, שפסק דינו משנה מאמות המידה שקבעה השופטת אגמון-גונן בעניין פלונית, ולכך שמדובר בשינוי "באקלים המשפטי"; סבורני, כי אף אם אמות המידה שקבע בית המשפט קמא מקלות יותר מגישתה, הנה באותה תקופה התרוצצו בקרבה של מערכת המשפט מספר גישות - ובהן של סגנית הנשיאה פלפל, ואין לומר כי בחירת גישה פלונית או שינוי הימנה הוא 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. נוכח החשיבות הציבורית בבירור הסוגיה, ובמעמדה 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, ואדרבה 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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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 וראשונה שמו הטוב, שלשיטת חברי לעת הזאת אין לה תרופה. יתן כל אחד מאתנו אל לבו כיצד חש הוא כששמו הטוב 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, נותיר נפגעים בלא תרופה - זאת,

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

מה יש בהן, בתגוביות (טוקבקים) ובתגובות הנגד להן, שכה מלהיט את היצרים ומרבה את סערת הרגשות, אף כשמדובר ברוב מהומה על לא מאומה, לא אדע. אך תוך שאזהיר עצמי לבל אחרוג מן הכללים המקובלים, ושלא באורח אנונימי כמובן, אוסיף אף אני את תגובתי לסוגיה החשובה שעל הפרק.

במחלוקת שנתגלעה בין חברי 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 שכזו מצויה, למשל, בחיובו של נציג מטעם הספקית להופיע כעד במשפט בו 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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

בהוראת חוק, המתווה מסגרת לבירורו של סכסוך שבין התובע לבין הספקית. קונסטרוקציות משפטיות אחרות, למשל זו המדברת בקשר הסכמי שאפשר ומתקיים בתנאים מסוימים בין כותב התגובה לספקית התקשורת, כשם שהוא מתקיים מול אתר המפרסם, לא נדונו כלל בפנינו.

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

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי
mnt/data/07044470-p10.doc/

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

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

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה.

א' א' לוי 54678313-4447/07

ניתן היום, י' בניסן התש"ע (25.3.2010).

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה **ש ו פ ט**

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 07044470_P10.doc גח
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן