

האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת

“If you can’t know who someone is, or where he is, or what he’s doing, you can’t regulate him. His behavior is as he wants it to be. There’s little the state can do to change it”

Lawrence Lessig, Code 2.0 (p.38)

א. מבוא

האם יש מקום להסדרה של היבטים שונים של רשת האינטרנט ושל הפעילות במסגרתה, בעיקר בנוגע לביצוע עבירות ועוולות ברשת? שאלה זו מתעוררת לאור קיומן של אפשרויות טכנולוגיות פשוטות יחסית לעקוף את הוראות החוק. האם ניתן לאכוף הוראות חוק מדינתיות לאור הגלובליות של הרשת? כיום, כל גולש המשתמש ברשת יכול להעלות תכנים לרשת בקלות יחסית. טכנולוגיות המאפשרות להעלות תכנים לאינטרנט ולשתף קבצים מתפתחות בצעדי ענק; לעתים תכנים אלו הם בגדר עבירה פלילית (אתרי פדופיליה, תרמית בניירות ערך) ולעתים עוולה אזרחית (לשון הרע, פגיעה בפרטיות, הטעיית הצרכן והפרת זכויות קניין רוחני). לצד טכנולוגיות אלו קיימות טכנולוגיות נוספות המאפשרות לבצע עוולות או עבירות, או המסייעות למי שמבצע עוולות או עבירות להישאר אנונימי. ההערכה היא כי בשנת 2010 היו כ־2 מיליארד משתמשים באינטרנט, שהם 28.7 אחוזים מהאוכלוסייה בעולם.¹ הגידול במספר המשתמשים באינטרנט בין שנת 2000 לשנת 2010

* שופטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב, ד"ר למשפטים, מרצה עמיתה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. כל אתרי האינטרנט הנזכרים במאמר נבדקו לאחרונה במאי 2010.
1 לנתונים על שימוש באינטרנט ראו: Org. for Econ. Co-operation & Dev. (OECD), *Directorate for Sci., Tech. & Indus., Comm. for Info., Computer & Commc'ns Policy, OECD Input to the United Nations Working Group on Internet Governance (WGIG)*, OECD Doc. DSTI/ICCP(2005)4/FINAL (2005), available at www.oecd.org/dataoecd/34/9/34727842.pdf; INTERNET TRAFFIC EXCHANGE: MARKET DEVELOPMENTS AND MEASUREMENT OF GROWTH (2006), available at www.oecd.org/dataoecd/25/54/36462170.pdf.

היה של 444.8 אחוזים.² בארצות הברית, כשליש מהמשתמשים התחברו לרשת באמצעות תקשורת אלחוטית.³

בהקשר של האינטרנט עוסקת החקיקה, בין מדינתית ובין בין-לאומית, בשני מישורים. המישור האחד נוגע בתכנים המפרים עצמם – מתי ייחשבו לעבירה או לעוולה, ובשאלה מהי אחריות המשתמשים וספקי השירות לאותן עבירות או עוולות. המישור האחר נוגע בטכנולוגיה עצמה וקובע איסור על פיתוח טכנולוגיות שהן מפרות בעיקרן (כגון טכנולוגיות המאפשרות הפרת זכויות יוצרים או הסתרת זהות המשתמש) וכן איסור על "פריצת" הגנות טכנולוגיות.⁴

בשאלת תוכני ההסדרים בשני המישורים שהזכרתי קיים דיון אקדמי וציבורי נרחב. אולם בפרק זה ברצוני לבחון שאלה שונגה במקצת, והיא – אם בכלל יש מקום לחקיקה מדינתית או בין-לאומית בנוגע לפעילויות ברשת, ואם כן – איזה סוג של חקיקה,⁵ אם ניתן לעקוף את הוראות החוק הן באמצעים טכנולוגיים הן באמצעות פעילות ממדינות שאין בהן חקיקה דומה, לאור גלובליות הרשת.⁶

הקושי הראשון באכיפת הסדרים הנוגעים בפעילות ברשת נובע מהתפתחויות טכנולוגיות, המאפשרות לגולשים המשתמשים להישאר אנונימיים בקלות יחסית. כך, גם אם מדובר בביצוע עוולה או עבירה, נעשה קשה יותר ויותר להגיע לעבריינין או למעוול. הקושי השני נובע מגלובליות הרשת; במקרים שבהם ניתן לאתר את המעוול או העבריינין, ובהנחה שיינתן פסק דין נגדו, השאלה היא אם קיימים כלים לאכוף פסק דין כזה, אם

2 ראו: INTERNET WORLD STATS—USAGE AND POPULATION STATISTICS, www.internetworldstats.com/stats3.htm.

3 ראו: John Horrigan, *Wireless Internet Use – Summary of findings*, PEW INTERNET, www.pewinternet.org/Reports/2009/12-Wireless-Internet-Use/1-Summary-of-Findings.aspx. יש להדגיש כי התקשורת האלחוטית מקשה את האכיפה, שכן ההתקשרות נעשית ממרחב וירטואלי; ניסיון לאתר את הגולש המעוול או העבריינין ולבחון את מקום ההתקשרות יוביל לאותו מרחב וירטואלי ולא לזהות הגולש.

4 ראו הבחנה שערך פרופסור יצחק זמיר בין שינוי טכנולוגי למהפכה חברתית, במאמרו "חופש הביטוי באינטרנט" **משפט וממשל** 1, 353, 354 (2003).

5 חלק לא מבוטל מהספרות העוסקת בתחום הסדרת האינטרנט מזכירה את נושא האכיפה על היבטיו השונים, אולם בדרך כלל בנושא משני. ראו למשל: David R. Johnson & David Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996); Henry H. Perritt, *Will the Judgment – Proof Own Cyberspace?*, 32 INT'L L. 1121 (1998); NIVA ELKIN-KOREN & ELI M. SALZBERGER, *LAW, ECONOMICS AND CYBERSPACE: THE EFFECTS OF CYBERSPACE ON THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (2004). אני מעוניינת להתמקד דווקא בנושא האכיפה ולאורו לבחון אם יש טעם בהסדרה בכלל.

6 על משפט, על טכנולוגיה ועל הקשרים ביניהם בכתבה בישראל ראו, בין השאר, מיכאל בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" **שערי משפט** ד 315, 317 (2006); כן ראו את ההקדמה של השופט מישאל חשין לספרו של נמרוד קוזלובסקי **המחשב וההליך המשפטי – ראיות אלקטרוניות וסדרי דין** (2000). ראו עוד: בר"ע (מחוזי חי') 850/06 מור נ' ידיעות אינטרנט מערכות אתר YNET – מערכת הפורומים, (פורסם ב"נבו", 22.4.2007).

משתמש כאמור פועל ממדינה שבה אותה פעילות אינה אסורה כלל ועיקר. קושי זה קיים בעיקר בכל הנוגע לחקיקה מדינתית, שכן פעמים רבות מה שאסור במדינה אחת מותר במדינה אחרת. אנו עדים כיום למקרים שבהם צווים בעניין עוולות באינטרנט שנתנו בתי משפט במדינה אחת, לא נאכפו משום שספקי האינטרנט או השרתים שהכילו את החומר המפרט היו במדינה אחרת, שבה החוק שונה. אולם, בעיה זו מתעוררת גם במישור הבין-לאומי. גם אם ישנה אמנה בין-לאומית הקובעת איסורים מסוימים, היא לא תיאכף גם אם רק מדינה אחת לא תחתום עליה. מדינה כזו עלולה להפוך למדינת מקלט לעבריינים או למעוולים ברשת; עדויות לכך מוצאים היום במעבר אתרים למדינות שאינן אוכפות את דיני הקניין הרוחני.

השאלה שבה אעסוק בפרק זה היא אם לאור קשיים אלו, ולאור הצפי כי התפתחות טכנולוגית היא בלתי נמנעת, יש מקום להסדרה משפטית של פעילות ברשת או שמא יש להשאיר נושאים אלו להסדרה פנימית של השחקנים המעורבים ברשת או להסדרה טכנולוגית.⁷ האם יש להותיר את המדיניות ואת הערכים החברתיים על כנם באמצעות כללים משפטיים, על אף קשיי האכיפה הטכנולוגיים והגלובליים, או שמא לאור קשיים אלו יש לוותר על הסדרה משפטית של אותם תחומים? בהמשך אסקור חלופות שונות לעניין זה.

בפתח הדברים אסקור בקצרה את ההיבטים הטכנולוגיים של האינטרנט ואת הקשיים המשפטיים שהם מעוררים. אעמוד על קשיי האכיפה – הן הקשיים הטכנולוגיים הן הקשיים הנובעים מגלובליות הרשת. לאחר מכן אעמוד על הבסיס הרעיוני שביסוד החקיקה ואדון בשאלה אם בסיס רעיוני זה מתקיים בהעדר אכיפה. בחלק השלישי אעמוד על פתרונות אפשריים של הסדרה עצמית ואדון בחקיקה מינימליסטית, שמטרתה לאפשר ניהול של הליכים משפטיים במקרים שבהם יש חשיבות לעצם ההחלטה או במקרים שבהם יש סיכוי מסוים כי ניתן יהיה לאכוף את פסק הדין.

ב. מבנה הרשת והקשיים המשפטיים הנובעים מכך

פרק זה הוא מאמר משפטי, הכלול בספר העוסק במשפט ובטכנולוגיית מידע. בהקשר של אכיפה באינטרנט יש לעמוד, ולו בתמצית (ותוך סכנה של פשטנות יתר), על מבנה האינטרנט, כדי להבהיר אילו בעיות משפטיות, בהקשר של אכיפה, מתעוררות עקב מבנה זה. למעשה, לא ניתן להפריד בין שאלת האכיפה לבין המאפיינים הטכנולוגיים של הרשת. בעניין זה ראוי להדגיש כי גם תיאור הטכנולוגיות הוא בעייתי: הבחירה בתיאור פרטים טכניים אלה או אחרים עלולה להיות מוטה; התיאור עלול להיות מושפע ממגבלות, לעשות שימוש במטאפורות טעונות ערכים והנחות ולעתים לבטא תפיסות יסוד מסוימות. נוסף לכך הטכנולוגיה עצמה היא דינמית, ולעתים קשה להבחין בין היבטים שהם מהותיים לסביבה הטכנולוגית של הרשת לבין מאפיינים זמניים שלה.

7 Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace (1999). בשנת 2006 פרסם לסיג מהדורה שנייה לספרו, בשם "Code Version 2.0" (להלן: Lessig, Code 2.0). טענתו העיקרית בדבר הסדרה באמצעות הטכנולוגיה עומדת בתוקפה ביתר שאת גם בספרו השני. עם זאת, לסיג מציג בספריו גם את החששות מהסדרה באמצעות הקוד.

האינטרנט היא "רשת של רשתות" (network of networks).⁸ ניתן לגשת לרשת מכל מקום בעולם והמנגון והפרוטוקולים הטכניים של התקשורת בה הם אוניברסליים. אולם כל רשת מנוהלת בפני עצמה, מתוחזקת ומשולמת בנפרד על-ידי ספק של שירותי אינטרנט. הספקים יכולים להיות מוסד אקדמי, ממשלה, חברות שונות וכן ספקים של שירותי אינטרנט מסחריים.⁹ על כל משתמש להתחבר לאינטרנט באמצעות ספק שירותי אינטרנט, שהוא בעצמו בגדר רשת. ספק שירותי האינטרנט מתקשר לרשתות אזוריות גדולות יותר, ואלה מקושרות לרשתות שדרה (internet backbones) שתכולתן רבה יותר. רשת הרשתות הזו מקשרת מחשבים ומשתמשים בעולם כולו ומאפשרת לגולשים המשתמשים במחשב אחד לקבל מידע מכל מחשב אחר. האינטרנט היא החיבור, או הפוטנציאל לחיבור (inter-connection), בין מיליוני מחשבים הממוקמים בעולם כולו. כל אחד מהמחשבים הללו מנוהל ומקושר באמצעות בחירה בשימוש בפרוטוקול הסטנדרטי TCP/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol), פרוטוקול שמאפשר למשתמש בו לחלוק מידע גם ללא קווי תקשורת ישירים. פעמים רבות משתמשי האינטרנט אינם יודעים, ופעמים אינם יכולים לדעת, היכן ממוקם השרת שעליו מאוחסן האתר שבו הם גולשים, או מאיזו מדינה נשלח אליהם דואר אלקטרוני. למעשה המידע מגיע בכל פעם בדרך אחרת – חלקי מידע מגיעים בדרך אחת וחלקים אחרים באחרת, והם מתאחדים אצל מקבל המידע.

כמעט שלא ניתן להגביל את הגלישה באתר מסוים עבור גולשים ממקום גאוגרפי נתון (אלא בדרך של איסורים גורפים על שימוש ברשת).¹⁰ נוסף לכך, קיימות תכנות המאפשרות לגולשים לאמץ זהות גאוגרפית בדויה או לאחסן אתרים במדינות שונות. לגבולות פיזיים ולשיוך מדינתי כמעט אין משמעות בהקשר זה.

מאפיינים נוספים של הרשת מעוררים גם הם שאלות משפטיות. כך, למשל, האפשרות לפרק תוכן או הודעה לחלקים, לשלוח או להעביר כל חלק באופן עצמאי ולאסוף את כל החלקים מחדש ביעד הסופי. אם המידע או ההודעה אינם מוצפנים, אפשרות נוספת היא לשנותם בדרך ליעד או על השרת שבו הם נמצאים. כך, קיימת אפשרות שמקור המידע אינו דומה למידע שנמצא ברשת ברגע נתון או למידע שהתקבל במקום מסוים. ההשלכה המשפטית היא שכלל לא ברור שמידע המופיע ברשת בשמו של פלוני אכן הועלה על

8 כפי שהגדיר זאת מת'יו בורנשטיין: Matthew Burnstein, *A Global Network in a Compartmentalized Legal Environment*, in INTERNET, WHICH COURT DECIDES? WHICH LAW APPLIES? 23 (Katharina Boele-Woelki & Catherine Kessedjian eds., 1998) (להלן: WHICH COURT DECIDES).

9 לסקירה תמציתית וממוקדת על התפתחות האינטרנט ראו: ELKIN-KOREN & SALZBERGER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 14. ראו עוד: Andrew Terrett Masons, *A Lawyers Introduction to the Internet*, in LAW AND THE INTERNET: REGULATING CYBERSPACE 17 (Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., 1997).

10 ניתן לטעון כי מבחינה טכנית אפשר לחסום גישה לטווח מסוים של כתובות IP. אולם אדם בעל ידע טכנולוגי בסיסי יכול, באמצעים פשוטים יחסית, לעקוף הגבלה זו; עקיפה כאמור מצריכה ידע, כוונה ופעולה אקטיבית מצדו של אותו אדם. כפי שהורגם לאחרונה באיראן, האפשרות לגלוש מטלפונים סלולריים פוגעת גם היא ביכולת החסימה.

ידו. מאפיין חשוב נוסף הם הקישורים (links) המעבירים את הגולש מאתר לאתר, ממסמך למסמך וממחשב למחשב; ספק התוכן יכול אפוא להיות אוסף של פרטים או של חברות שהרשתות שלהם ובסיס הנתונים שלהם מקושרים זה לזה. כיוון שהגולשים הם במקרים רבים בעת ובעונה אחת ספקים של תוכן, צרכנים של תוכן ומחזיקים באמצעים להפיץ תוכן, אין למעשה בעלות מרכזית או ניהול מרכזי של האינטרנט. קיימים ארגונים בין-לאומיים הקובעים סטנדרטים טכנולוגיים ומאפשרים לרשת לפעול, אולם אימוץ הכללים שקובעים ארגונים אלה הוא וולונטרי לחלוטין.¹¹

הקשיים המתעוררים ממאפיינים אלו של האינטרנט מתחלקים, במהותם, לשניים. הקושי הראשון נובע מקשיים באיתור המחשב, השרת או המשתמש שפעלו שלא כדין (על פי הגדרת המשפט המדינתי או הבין-לאומי), לנוכח האפשרויות הטכנולוגיות העצומות להישאר אנונימי, להציף תכנים ולהשתמש בקישורים כדי להסתיר את זהות המשתמש המקורי. הקושי השני נובע מגלובליות הרשת – בניגוד למבנה הגלובלי והמבוזר של האינטרנט, המשפט המסורתי מאורגן על פי גבולות לאומיים. קשיים אלו מציבים שאלות באשר לצורך בהסדרת התחום ובאשר לאופייה של ההסדרה.

1. קשיים טכנולוגיים

שלוש טכנולוגיות, או שלושה מאפיינים של הרשת, הופכים את המעקב, את החשיפה ואת האכיפה לבלתי אפשריים כמעט. כדי לאכוף נורמה על אדם מסוים צריך לדעת מיהו הפועל, היכן הוא נמצא ומה הוא עושה.¹² מבנה האינטרנט והמאפיינים הטכנולוגיים של הרשת מקשים על חשיפת שלושת הנתונים הללו. קודם שאתאר טכנולוגיות או מאפיינים אלו, ראוי לציין כי ככל שהגולש מתוחכם יותר ובעל כוונות זדון, כך הוא יוכל לעשות שימוש מושכל (מבחינתו) בטכנולוגיות אלו ולדאוג שלא ניתן יהיה כמעט לאתרו; לעומתו, הגולש התמים ייחשף בקלות.¹³

11 לסיג טוען כי מאפיינים אלו של האינטרנט עשויים להשתנות (Lessig, Code 2.0), לעיל ה"ש 7). טענתו המרכזית שם היא שהסדרת הפעילות ברשת נעשית באמצעים טכנולוגיים, וכי הרשת, על מאפייניה הקיימים כיום ועל הבעיות המתעוררות ממנה, עשויה או עלולה להשתנות. על כן יש לדבר לטענתו על "מה ראוי" ולא רק על "מה קיים". עם זאת, בפרק זה אתמקד בבעייתיות הקיימת בחוסר אפשרויות האכיפה לאור המאפיינים המרכזיים של הרשת. גם אם צודק לסיג בטענתו הרי יש להניח כי חלק ממאפייניה של הרשת, כמו גלובליות ואפשרויות טכנולוגיות של הסתרות, ייוותרו על כנם.

12 ראו: Lessig, Code 2.0, לעיל ה"ש 7, בעמ' 38.

13 לעניין זה יש להדגיש את ההבדל בין הרשת לעולם שמחוצה לה. מחוץ לרשת מאמצי רשויות האכיפה קטנים ככל שמדובר בעבירות קלות. במקרים אלו של עבירה קלה וחד-פעמית קשה גם להתחקות אחר עקבות העברייני. בניגוד לכך, לאינטרנט מאפיין של זיכרון ארוך טווח המקל על רשויות האכיפה לאתר את המשתמש הפשוט ולעקוב אחר פעילותו. לשם המחשה: אם מתבצעת גניבה בעולם הממשי, הרי בהעדר עדים או אמצעי מעקב יקשה מאוד לאתר את הגנב; לעומת זאת, באינטרנט יישמר תיעוד (LOG) על אודות הגניבה הווירטואלית למשך זמן רב. לעניין זה ראו מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב 51 (2010).

המאפיין הניתן לזיהוי הוא כתובת ה-IP שממנה התחבר הגולש לרשת, כתובת שממנה הוא שולח נתונים ושאליה הוא מקבל נתונים. כתובת זו ידועה לספק האינטרנט. אולם ספקי אינטרנט רבים אינם שומרים נתונים אלה או שהם שומרים אותם לתקופה קצרה.¹⁴ גם אם אפשר להסדיר עניין זה בחקיקה שתחייב ספקי אינטרנט לשמור את המידע כאמור, הרי במקרים רבים חשיפת כתובת ה-IP לא תוביל לחשיפת זהות הגולש עצמו. כך, אדם יכול להירשם לפורום בשם בדוי ובכתובת דואר אלקטרוני בדויה, או לפתוח לעצמו בכל פעם כתובת דואר אלקטרוני חדשה שגם בה יהיו פרטיו בדויים. כתובת ה-IP יכולה גם להיות כתובתה של חברה גדולה, שמו של עובד הגולש באינטרנט או שמו של "קפה אינטרנט". כאמור, כיום כשליש מהגולשים ברשת בארצות הברית מתחברים אליה באופן אלחוטי – משתמשים במחשבים ניידים וגולשים באמצעות טלפונים סלולריים במרחבים ציבוריים שבהם ניתנים שירותי אינטרנט אלחוטי; שירותים כאלה קיימים כיום בערים שונות, בחלק גדול מהמרחב העירוני. במקרה כזה תתקבל כתובתה של המקום שמספק את השירות. פרט לכך, קיימות תכנות שבעזרתן ניתן להסוות את כתובת ה-IP כך שספק האינטרנט לא יוכל לזהות את פרטי הגולש העומד מאחורי הכתובת. גם אם קיימות טכנולוגיות נגדיות, כאמור, נשאלת השאלה אם המחיר שיש לשלם (פגיעה בפרטיות, היווצרות אפקט מצנן והרתעת יתר) אינו גבוה מדי, כפי שיפורט להלן.

גם גולשים תמימים מעוניינים לעתים להישאר אנונימיים.¹⁵ קיימים אמצעים טכנולוגיים רבים המאפשרים לגולשים להישאר אנונימיים, ובהם תכנות הדואגות לשמירת האנונימיות.¹⁶ יש גורמים הפועלים כמעבירי דואר אלקטרוני (remailer operators); משלוח דואר אלקטרוני באמצעות מתווכים אינו מאפשר למקבל הדואר לאתר את השולח, ושימוש בכמה מתווכים הופך את אפשרות הזיהוי לבלתי אפשרית כמעט.¹⁷ רבים מאותם מתווכים אינם שומרים יומן (log) או כתובות IP של השולחים, כדי שלא ייקלעו למצב שבו בית

14 בע"א 1806/09 (מחוזי ת"א) פלח נ' שירותי בריאות כללית – אגודה עותמנית (פורסם ב"נבו", 16.3.2010). (להלן: עניין פלח) נדון מקרה שבו כתבה גולשת ביקורת על שירות שקיבלה בחנות שבה קנתה מוצרים לתינוק. השופט המר סבר כי דובר בעוולה של לשון הרע, משום שהגולשת ציינה כי "ניסו לרמות בחשבון". לאחר הגשת הסיכומים הוגשה לשופט המר הודעה לפיה מבדיקה שנערכה התברר כי לא ניתן לשחזר את כתובת ה-IP של הכותבת. השופט ציין זאת בפסק הדין, אך המשיך וקבע כי הוא מתעלם מהודעה זו לאור השלב המאוחר שבו הוגשה, וקבע כי יש להורות על גילוי כתובת ה-IP. החלטה זו בעניין פלח מדגימה את הבעייתיות בפסקי דין המורים על חשיפת זהות גולשים במקרים שבהם ברור מראש, עוד לפני מתן פסק הדין, כי גם אם תזכה המבקשת לא ניתן יהיה למלא אחר הוראות פסק הדין.

15 על הזכות לאנונימיות, על היתרונות שבאנונימיות ועל הקשר בין אנונימיות לפרטיות ראו: Helen Nissenbaum, *The Meaning of Anonymity in an Information Age*, 15 INFO. SOC'Y 141 (1999).

16 ראו למשל אתר זה המאפשר גלישה אנונימית: ANONYMIZER, www.anonymizer.com.

17 על טכנולוגיות המקשות את הזיהוי ראו: A. Michael Froomkin, *The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage*, in BORDERS IN CYBERSPACE 129–163 (Brian Kahin & Charles Nesson eds., 1996). מאמר זה נכתב בשנת 1996; כיום קיימות טכניקות רבות נוספות וסביר להניח שבעתיד ימצאו דרכים חדשות ומתחכמות יותר.

משפט או רשות מוסמכת אחרת יחייבו אותם לחשוף את המידע. בכך הם מבטיחים לגולש אנונימיות מלאה.

לעניין זה ראוי להדגיש כי ככל שנסיבות ביצוע העוולה או העבירה חמורות יותר, כך גובר העניין הציבורי בזיהוי העברין או המעוול ובהבאתו לדין. אולם אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות יסייעו דווקא בידי מי שמתכוון מראש לבצע עוולה או עבירה – באמצעות שימוש באמצעים פשוטים וזמינים כמו אלו שצוינו הוא יוכל לוודא כי לא ניתן יהיה לזהותו.

דווקא הגולש התמים, שנכנס למחשב האישי שלו (שכתובת ה־IP שלו ופרטיו ידועים לספק האינטרנט), וכותב בפורומים, בצ'טים (chats) או בתגובות (talkbacks), או שמוריד למחשב שלו כמה שירים או סרטים (בהנחה שיש בכך משום פגיעה בקניין רוחני), דווקא אליו ניתן יהיה להגיע בקלות ולחשוף את זהותו.¹⁸ אולם גולש אחר, בעל כוונות זדון, המעוניין בכוונת מכוון להכפיש אדם או בית עסק או ליטול לעצמו קניין רוחני של אחר, ירכוש או ישיג לו תכנה המאפשרת את חסימת כתובת ה־IP, או שיסור ל"קפה אינטרנט" או למרחב ציבורי עם אינטרנט אלחוטי, ומשם יבצע את זממו. אם כן, כלל שיאפשר התערבות בדרך של חשיפת גולשים או זיהוים יוביל דווקא לחשיפתם של אותם גולשים תמימים שלא טרחו להסוות עצמם, ואילו מי שמתכוון להכפיש או לבצע עוולה אחרת ועושה זאת במכוון – לא ייחשף. אם כך הם פני הדברים, ולאור החסרונות שבהגברת אפשרויות המעקב והחשיפה, שעליהם אעמוד להלן, מתעוררת השאלה אם יש מקום להורות על חשיפת מי שמעוול ברשת.

2. האפשרות אכיפה מדינתית ברשת גלובלית?

"גבולות מדיניים אינם אפילו גבשושית האטה על אוטוסטרדת המידע".¹⁹ רשת האינטרנט היא גלובלית. ובכך ייחודה; כשמה כן היא – World Wide Web: הגולשים הם בני לאומים שונים מארצות שונות ומיבשות שונות. המשפט המדינתי הוא מטבעו מקומי וכל בגבולות גאוגרפיים. לאור הבדל מהותי זה, האם ראוי כי כל המדינות תסדרנה את הפעילות באינטרנט, או שמא ראוי שאף מדינה לא תעשה כן?²⁰ אם מדינה מחליטה להסדיר פעילות באינטרנט – לאילו מקומות ולאילו אתרים עליה להתייחס? נכון לומר שגם קודם ל"עידן האינטרנט" התעוררו שאלות של סמכות שיפוט ושל פורום נאות, בעיקר בכל הנוגע לחוזים בין־לאומיים ולחברות בין־לאומיות. אכן, גם נושאים אלו נדרשו להסדרה

18 לסיג סבור כי הבעיה המרכזית היא דווקא באפשרויות לעקוב אחר אותם גולשים תמימים ולפקח עליהם; אך הוא מאמין כי מי שפועל בכוונה ומעוניין להסתתר יצליח ככל הנראה לעשות כן, וניתן יהיה לזהותו, אם בכלל, רק באמצעות השקעת זמן ומשאבים עצומים; ראו: LESSIG, CODE 2.0, לעיל ה"ש 7, בעמ' 49 ואילך.

19 לקסיקון לתקשורת, אינטרנט (יחיאל לימור, חנה אדוני רפי מן עורכים, 2007) (ההדגשה שלי – מ' א' ג').

20 ראו: UTA KOHL, JURISDICTION AND THE INTERNET 4 (2007).

באמצעות כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי.²¹ אולם, האינטרנט שינה את התמונה, כיוון שהגלובליות היא הכלל ולא החריג; כאמור לעיל, למעלה מרבע מאוכלוסיית העולם פועלת באינטרנט, ברשת גלובלית.

הגלובליות של האינטרנט גורמת לקושי נוסף, במישור הסמכות הבינ-לאומית והאכיפה.²² גם אם נניח שניתן להתגבר על האנונימיות ולחשוף את כל ה"שחקנים" במקרה מסוים, החקיקה המגדירה מעשים כעוולות או כעבירות שונה במדינות שונות. גולש שהוא המקור, למשל, לביטוי לשון הרע כהגדרתו בחוק הישראלי, עשוי לגלוש באינטרנט באמצעות ספק אינטרנט מארצות הברית, שם הגדרת לשון הרע שונה ואותם מעשים אינם מוגדרים כעוולה; השרת שבו האתר הכולל את פרסום הדברים עשוי להימצא במדינת "אוטופיה", שם אין כלל חקיקה האוסרת על לשון הרע; הנפגע עשוי להיות, למשל, אזרח צרפתי, וגם בצרפת הגדרת לשון הרע שונה. אף אם נניח שהגולש הוא ישראלי, השאלה הראשונה שמתעוררת היא אם ראוי כי בית משפט ישראלי ידון בתביעת לשון הרע בנסיבות אלו.²³ גם אם נשיב לכך בחיוב וייתן פסק דין נגד המעוול בבית משפט ישראלי, האם ניתן יהיה לאוכפו בארצות הברית? ב"אוטופיה"? בצרפת? גם אם נשיב בחיוב, והתוכן המוגדר כעוולה יוסר מהאתר, מה ימנע מאותו אדם לחזור על הדברים באתרים אחרים ובמקומות אחרים?

כיום ניתן להתקשר עם ספק שירות במדינה זרה או לשמור את המידע המפר על שרתים במדינה זרה שבה החקיקה מתערבת פחות בפעילות באינטרנט ומאפשרת התערבות פחותה (אם בכלל) של בתי המשפט.²⁴ לאחרונה התעוררו כמה מקרים שבהם צוים שנתנו בתי משפט במדינה אחת לא נאכפו במדינה אחרת, משום שספקי האינטרנט או השרתים שאליהם הועלה המידע המפר היו במדינה שבה הדין שונה.

במקרה אחד הורה בית המשפט בצרפת לחברת "יאהו!" האמריקנית למנוע מגולשים מצרפת לסחור בפריטים נאציים באתר מכירות פומביות מקוון שניהלה, שכן סחר בפריטים

21 לעניין המשפט הפלילי והציבורי ראו: Bernard H. Oxman, *Jurisdiction of States*, in 10 *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 277 (Rudolf Bernhardt ed., 1987).

22 Niva Elkin-Koren, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, 9 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 15, 17 (2006) ראו עוד: מיכאל בירנהק "אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות" פתוח 5, 183 (2003), וכן: Henry H. Perritt, *Cyberspace Self-Government: Town Hall*, 12 *BERKELEY TECH. L.J.* 413 (1997) *Democracy or Rediscovered Royalism?*.

23 על הקשיים באכיפה ועל שאלות סמכות כאשר לפעילויות באינטרנט, ראו: CHRIS REED, *INTERNET LAW: TEXT AND MATERIALS* 218, 231 (2nd ed. 2004).

24 כפי שמציינים קריין ברזילי-נהון וגד ברזילי: "הקושי של המדינה לווסת את חופש הביטוי באינטרנט אינו מתמצה במעשה האכיפה עצמו, אלא הוא תוצר של בעיות של סמכות אכיפה וריבונות בעולם מקוון"; קריין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה" בתוך שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 483, 490 (מיכאל בירנהק עורך, 2006). במקרים יוצאי דופן עשויה המדינה לפעול מחוץ לתחום השיפוט שלה, למשל בדרך של עזרה הדדית בין מדינות.

נאציים אסור על פי חוקי צרפת.²⁵ "יאהו!" טענה כי בית המשפט בצרפת נעדר סמכות שיפוט כיוון שהאתר והשרת נמצאים בקליפורניה וכיוון שהאתר מיועד לקהל אמריקני, וכן טענה שהחברה אינה יכולה למנוע מגולשים מצרפת כניסה לאתר. בית המשפט הצרפתי דחה את הטענות, אולם החברה האמריקנית סירבה לבצע את הצו בטענה כי בהעדר גבולות ברשת לא ניתן למנוע סחר כזה, המותר לפי חוקי ארצות הברית. חברת "יאהו!" פנתה לבית משפט בארצות הברית; בית המשפט הפדרלי בערכאה הראשונה קבע כי פסק הדין הצרפתי אינו ניתן לאכיפה בארצות הברית.²⁶ התובעת בצרפת (והמשיבה בתביעה האמריקנית), "הליגה למניעת גזענות ואנטישמיות", ערערה לבית המשפט הפדרלי לערעורים במחוזו התשיעי, וזה קיבל את הערעור.²⁷ "יאהו!" הפסידה כיוון שלמעשה הייתה טענתה היפותטית – החברה ביקשה מבית המשפט לקבוע כללים עקרוניים בעניין אפשרויות אכיפה באינטרנט, ואילו התובעת כלל לא התעניינה באכיפה בפועל. בפסק דינו הותר בית המשפט את שאלת האכיפה פתוחה.

במקרה אחר הגיש התובע הכללי בברזיל תביעה נגד חברת "גוגל", כיוון שזו סירבה למסור פרטים על אתרים מסוימים (הנגועים בחשד לפדופיליה). "גוגל" סירבה לכבד צו לחשיפת כתובת גולש שנתן בית משפט בברזיל בטענה כי היא כפופה לחוקי קליפורניה, כיוון שהחומר הפוגע נמצא בשרת בארצות הברית. אחת הטענות המרכזיות נגעה בעובדה שהתיקון הראשון לחוקה האמריקנית מחייב הגנה על חופש הביטוי, חופש שבברזיל אינו מוגן באותם סטנדרטים.²⁸ בעיות דומות התעוררו בין "גוגל" לבין ממשלת סין; המשבר

25 Interim Order, Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme v. Yahoo! Inc., No. ראו: .Rg. 00/05308 (T.G.I. Paris, Nov. 20, 2000)

26 Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d ראו: .1181 (N.D. Cal. 2001)

27 Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme, 379 F.3d 1120 (9th Cir. ראו: .2004), *rev'd en banc*, 433 F.3d 1199 (9th Cir.), *cert. denied*, 547 U.S. 1163 (2006)

28 Erika Morphy, Google, *Brazil Locks Horns over Social Networking Data*, ראו: TechNewsWorld, Aug 24, 2006, www.technewsworld.com/story/privacy/52624. Antonio Regakado & Kevin J. Delaney, *Google Under Fire over Controversial Site*, WALL ST. J. Oct. 19, 2007, available at http://online.wsj.com/public/article/SB119273558149563775-6_LyeLHpy85P7ZUe7ryt_g_bf: MI_20081018.html בכתבה מציינים הכתבים כך:

Under direction from Google's U.S. headquarters, Mr. Hohagen refused to accept the subpoenas. Google's chief legal officer, David Drummond, traveled to Brazil to explain the situation. In April 2006, Mr. Drummond testified at a congressional hearing requested by Mr. Tavares. He said Google wished to assist authorities, but Orkut data were all stored on computer servers located in the U.S. Therefore, he said, the data were subject to U.S. laws, not Brazilian ones. Those laws include strict protections on users' private data and typically don't allow Google to reveal private communications without a user's express consent, except under very limited conditions and when

שפרץ בין "גוגל" לבין ממשלת סין באביב 2010 הוא דוגמה מובהקת לכך. כדי להמשיך ולפעול במדינות כמו סין וברזיל, נענות בפועל חברות מסחריות רבות לדרישות החוק המקומי ואף מקימות אתרים מיוחדים לעניין זה.²⁹ לכאורה זו הסדרה עצמית רצויה, אולם ניתן לטעון כי אותן חברות, המונעות משיקולים מסחריים, מסייעות למעשה להגביל את חופש הפרט.³⁰ נוסף לכך, מדובר באימוץ וולונטרי, ואילו מי שבכוונתו לעוול ודאי לא ימלא אחר הנחיות או נהלים מסוג זה.

מקרה ידוע שלישי נדון בעניין *Gutnick v. Dow Jones & Co. Inc.*, כאשר בית משפט אוסטרלי אפשר לאזרח מקומי לתבוע חברה אמריקנית בגין הוצאת לשון הרע.³¹ בית המשפט קבע כי כיוון שהתובע הוא אזרח אוסטרלי ושמו הוכפש באוסטרליה (הוכח כי למגזין המקוון של החברה היו 1,500 מנויים שלהם כרטיסי אשראי אוסטרליים), הוא רשאי לתבוע באוסטרליה. בית המשפט דחה את הטענה שלפיה אין לקבוע כי חברות בין-לאומיות יהיו חשופות לדינים מקומיים בכל המקומות שבהם הן פועלות, וקבע כי אם חברה מסוימת מעוניינת לנהל את עסקיה במקום מסוים אזי היא כפופה לחוקי המקום.³² לאחר החלטה זו יושב הסכסוך בפשרה, והנתבעת שילמה לתובע סכום מסוים. אולם אם נניח שלא הייתה מושגת פשרה, והיה ניתן פסק דין לטובת התובע, האם ניתן היה לאוכפו בארצות הברית?

ordered by a U.S. judge. And some crimes being investigated by Brazilian authorities -- like racist speech -- aren't crimes in the U.S.

If Google met Brazilian demands, what would it do if Saudi Arabia, where homosexuality is a crime, began asking it to unmask gay users?

29 לסקירה על אודות השיקולים המסחריים המובילים חברות להתאים את עצמן לחקיקה מקומית, ראו: JACK GOLDSMITH & TIM WU, WHO CONTROLS THE INTERNET? ILLUSIONS OF BORDERLESS WORLD 159 (2006). לסיג טוען כי עצם קיומה של אפשרות לזהות את מקום הגולשים כדי להסיר תכנים אסורים או להתאים אתרים לחקיקה מקומית מוכיח כי כבר היום קיימת יכולת מעקב באינטרנט (LESSIG, CODE 2.0), לעיל ה"ש 7). עם זאת, כפי שציננתי, מדובר בגולשים שאינם מנסים להסוות את זהותם.

30 לביקורת על שיתוף פעולה זה ראו: Jill R. Newbold, Note: *Aiding the Enemy: Imposing Liability on U.S. Corporations for Selling China Internet Tools to Restrict Human Rights*, U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 503, 508 (2003); Lindsay Eastwood, "Don't Be Evil": *Google Faces the Chinese Internet Market and the Global Online Freedom Act* of 2007, 9 MINN. J.L. SCI. & TECH. 287-316 (2008).

31 *Gutnick v. Dow Jones & Co. Inc.*, (2001) 210 CLR 575 (Austl.), available at www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2002/56.html.

32 לניתוח פסק הדין ולסקירה של פסקי דין נוספים ראו: Richard Garnett, *Dow Jones & Company Inc. v Gutnick: An Adequate Response to Transnational Internet Defamation?*, 4 MELB. J. INT'L L. 196 (2003). כן ראו מקרה נוסף שבו דחה בית משפט קנדי מנימוקי סמכות תביעה שהוגשה נגד ה"ווישינגטון פוסט" בגין לשון הרע; התביעה נדחתה כיוון שהתובע לא היה אזרח קנדי בזמן הפרסום: *Bangoura v. The Washington Post*, [2005] 202 O.A.C. 76 (Can. Ont.), available at www.ontariocourts.on.ca/decisions/2005/september/C41379.htm.

מה היה קורה אילו הייתה החברה מסירה את הכתבה מהאתר שלה ומפרסמת את המאמר באתר אחר במדינה אחרת? האם ניתן היה לאכוף את פסק הדין באותה מדינה? יש הטוענים כי חשיבותן של החקיקה המקומית ושל האכיפה תגבר ככל שמדינות ישתפו פעולה ויאכפו פסקי דין של מדינות אחרות, לפחות באותם מקרים שבהם הדין המדינתי דומה במהותו.³³ עם זאת, כיוון שעדיין יהיו מדינות שלא יכבדו פסקי דין, ניתן לטעון כי חשיבותן של חקיקה מקומית ושל אכיפה אינה רבה – המעוול במכוון יבחר לעשות זאת ממקומות שבהם הסיכוי לאכיפת פסקי דין זרים יהיה קטן יותר, ובעיקר ממדינות שלא יקבעו איסורים דומים.³⁴ כך, גם במקרה שבו ייחשף המעוול (דבר שאינו פשוט כשלעצמו), סביר שהוא יוכל להתחמק מתוצאות מעשיו.

למעשה, במישור הלאומי אין כל אפשרות מעשית לאסור על העלאת תכנים מסוימים לרשת או על הצגתם בה. איסורים כאלה יכולים להיות אפשריים רק בהסכמה בין-לאומית מלאה; אולם נראה כי לא ניתן להשיג הסכמה כזו בכל נושא שהוא, ובפרט ככל שמדובר בנושאים המערבים ערכים חברתיים כמו חופש הביטוי, הזכות לשם טוב, הזכות לפרטיות, זכויות יוצרים וכדומה.³⁵

יש הטוענים כי אכיפה היא אפשרית, כיוון שהשחקניות הגדולות ברשת, כמו "יאהו!", "גוגל", "eBay" וחברות דומות להן מעוניינות לפעול באופן גלובלי; לכן הן מקבלות על עצמן את הדין המקומי במדינות שבהן הן פועלות, ולעתים אף יוצרות לשם כך אתרים מיוחדים לאותן מדינות. אולם, כאמור, מקור הבעיה אינו במפעילי אתרים לגיטימיים המעוניינים לפעול באופן מסחרי במדינה מסוימת, אלא במעוולים ובעבריינים המעוניינים להזיק, או העוסקים בפעילות מסחרית שאינה חוקית במדינות רבות (כגון פורנוגרפיה, פרופיליה והימורים). אלו, ככלל, מפרים את החוק ביועדן ובמכוון ועושים מאמץ שזהותם לא תיחשף.³⁶

33 לטיעון זה ראו: KOHL, לעיל ה"ש 20, בעמ' 201.

34 יש הסבורים כי תהיה תחרות חקיקתית נורמטיבית כדי למשוך עסקים הקשורים ברשת, בדומה לתחרות בנוגע לתקנונים בדיני החברות. ראו למשל: Dan Burk, *Virtual Exit in the* *Global Information Economy*, 73 CHI.- KENT L. REV. 943, 961 (1998). לעניין זה ראו עוד: Neil Weinstock Netanel, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, in LAW, INFORMATION AND INFORMATION TECHNOLOGY 173, 178 (Eli Lederman & Ron Shapira eds., 2001).

35 ראו: ANNA MANCINI, INTERNET JUSTICE: PHILOSOPHY OF LAW FOR THE VIRTUAL WORLD 119 (2005).

36 לעניין זה ראו ההבחנה כאן: Peter P. Swire, *Of Elephants, Mice, and Privacy*, *International Choice of Law and the Internet*, 153 U. PENN L. REV. (2005). סווייר מבחין בין החברות הגדולות הפועלות במדינות רבות, שאותן הוא מכנה "פילים" ובעניין ניתן לקבוע כללים ולאכוף אותם, לבין שחקנים קטנים וניידים שברוך כלל מעוולים או עוברים עבירות, וכיוון שאין להם אינטרס לפעול באופן לגיטימי במקום מסוים – קביעת כללים ואכיפתם בעייתיות הרבה יותר בעניינם.

האינטרנט מטבעו אינו מוגבל בגבולות ובשטחים. אולם גבולות ושטח טריטוריאלי הם תנאי הכרחי לקיומה של אכיפה משפטית יעילה.³⁷ מכאן, ברור כי גם אם מדינה תאסור להעלות סוג מסוים של מידע לאינטרנט או לעסוק בפעילות כלשהי ברשת, היא לעולם לא תוכל למנוע מאזרחיה גישה לאותו מידע או עיסוק באותה פעילות מחוץ לגבולות המדינה, היינו באינטרנט (אלא אם תאסור לחלוטין גישה לרשת).³⁸ לטעמי, קשיים אלו באכיפה הופכים את השינוי הטכנולוגי בכיצוע עוולות או עבירות ברשת לשינוי איכותי, ומחייבים התייחסות משפטית אחרת לעניין.³⁹ אין הכוונה למחיקת עבירות או עוולות מספר החוקים. הכוונה היא להגביל את אפשרות הגישה לבתי המשפט במקרים של עוולות המבוצעות ברשת רק במקרים שבהם ניתן לזהות את המעוול.

ג. הסדרה משפטית של פעילויות ברשת

1. החקיקה בהקשר של רשת האינטרנט

קיימים שני סוגים עיקריים של חקיקה בהקשר של רשת האינטרנט (בין במישור הלאומי ובין במישור הבין-לאומי). סוג אחד של חקיקה עוסק בפעילות ברשת עצמה; למשל, חקיקה המגדירה עוולות המיוחדות לרשת כגון הפצת "רואר זבל" (spam) או חקיקה הקובעת עבירות של פגיעות מכוונות באתרי אינטרנט. הבעיות שהצגתי (ובעיקר הקושי הנוגע באנונימיות) מתעוררות גם בהקשר זה, אם כי בעניינים אלו יש נטייה רבה יותר להסכמה על הכללים הראויים, וזו עשויה להוביל לחקיקה בין-לאומית.⁴⁰ אולם בחלק זה אתמקד דווקא בסוג אחר של חקיקה – חקיקה המגדירה עוולות ועבירות שניתן לבצע הן ברשת הן מחוצה לה. כך, עוולות כגון לשון הרע או פגיעה בקניין רוחני, חלות במקביל

37 ניבה אלקין-קורן סבורה כי קשיים אלו באכיפה צריכים להוביל לסוג הסדרה שונה, באמצעים טכנולוגיים, הסדרה שאינה אפשרית מחוץ לרשת. ראו: Niva Elkin-Koren, *Copyright in Cyberspace: The Rule of Law and the Rule of Code*, in LAW, INFORMATION AND INFORMATION TECHNOLOGY 131, 133 (Eli Lederman & Ron Shapira eds., 2001). על הקושי שבאכיפה מדינתית מהסיבות הללו עמדה אלקין-קורן גם במאמרה, לעיל ה"ש 22. על חוסר האפשרות לחוקק חקיקה אכיפה באינטרנט ראו עוד: Froomkin, לעיל ה"ש 17.

38 לשאלת יעילות האכיפה ראו: Mark A. Lemley, *The Law and Economics of Internet Norms*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1257 (1998); I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for Cyberspace*, 55 U. PITT. L. REV. 993, 1054 (1994).

39 לעניין זה יפים דבריו של מיכאל בירנהק (לעיל ה"ש 22, בעמ' 184):

אמנם, במקרים מסוימים, הסביבה הטכנולוגית החדשה עוררה קשיים משפטיים לא מוכרים, או העצימה קשיים מוכרים, כך שהשינוי הכמותי הפך לשינוי איכותי [...] במצבים כאלה, הטכנולוגיה הדיגיטלית קוראת תגר על המושגים המשפטיים והערכיים הקיימים, ואנו נדרשים לעצב מדיניות חדשה לאיומים החדשים [...] גם אם הטכנולוגיה כפופה לערכים ולמשפט, אין משמעות הדבר שהמשפט הקיים מתאים לטכנולוגיה, או שהערכים חסינים מפני שינויים.

40 ראו: KOHL, לעיל ה"ש 20, בעמ' 257.

על פעילות ברשת ומחוצה לה. השאלה המתעוררת היא אם יש מקום להחלת חקיקה זו על רשת האינטרנט לאור הקשיים באכיפה.

2. שלטון החוק

חוק נחקק כדי שיקים. לצד העיקרון של שלטון החוק במובנו המהותי, השם דגש בתוכנו של החוק, יש לתת את הדעת לשלטון החוק במובנו הפורמלי, לפיו זכויות וחובות נקבעות בחקיקה ועל הכול לקיים את החוק. לפיכך, מרגע שמחליטים כי יש מקום להסדיר תחום מסוים בחקיקה, יש לדאוג כי הוראות החוק, קרי, ההסדר, אכן ייאכפו.⁴¹ החוק נבחן ביכולתו לחייב את כל מי שעליו הוא חל. לכן, כיוון שלא ראוי כי הוראות שנקבעו בחקיקה לא ייאכפו במרבית המקרים שבהם הופרו, יש לנסות ולקבוע מראש הסדרים מתאימים שניתן יהיה לאוכפם.⁴²

השאלה היא האם ניתן להבטיח את יעילות החוק המדינתי אם ברור מראש כי למעשה אין כמעט יכולת אכיפה,⁴³ היינו – במקרה של הפרה כמעט שלא ניתן לאתר את הנתבע, להביאו לדין ולהטיל עליו סנקציה אזרחית או פלילית.

ניתן לבחון ולראות באילו מקרים ניתנו פסקי דין, בין אזרחיים ובין פליליים, בעניין עוולות או עבירות שבוצעו ברשת. מה שחשוב הוא יכולת האכיפה ולא האכיפה בפועל.⁴⁴ גם בעולם שמחוץ לרשת יש מקרים שבהם העבריינים והמעוולים אינם נתפסים, הפרות אינן באות על תיקונן וחוקים אינם נאכפים במלואם; אולם ככלל, במקרים רבים העבריינים והמעוולים מובאים לדין והחוק נאכף. באינטרנט המצב שונה. לאור הקשיים שעליהם

41 עיקרון זה של שלטון החוק מיוחס עוד לאפלטון; על-כך ראו: JOHN F. MCELDFOWNEY, PUBLIC LAW 103 (1994).

42 לא ארון כאן בשאלות אם ייתכן חוק ללא סנקציה או אם יש צורך בסנקציה כדי שחוק יקום. ראו לעניין זה: H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW 103 (2nd ed. 1994); HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 30, 39 (1946).

43 כאמור, בעניין פלח, לעיל ה"ש 14, אף שהמשיבות, בעלות האתר, הודיעו לבית המשפט קודם למתן פסק הדין, כי אין אפשרות טכנית לאתר את כתובת ה-IP של מי שאת זהותה התבקש בית המשפט לחשוף, ניתן פסק הדין. מקרים מעין אלו מחדדים את חוסר היעילות שבמתן פסקי דין בשאלה זו.

44 KOHL, לעיל ה"ש 20, בעמ' 205; קוהל עומד על ההבחנה בין אכיפה בפועל ליכולת או הסתברות לאכיפה מראש. עוד על החשיבות שבאפשרות האכיפה המסתברת ראו: LARS DAVIES, A MODEL FOR INTERNET REGULATION? CONSTRUCTING A FRAMEWORK FOR REGULATING ELECTRONIC COMMERCE 6 (1999); דיוויס מציין כך:

The question must be whether the regulation is needed, and if so, whether it is enforceable in a coherent and satisfactory manner. If regulations are not needed or do not prove to be enforceable due to jurisdictional or substantive issues then there is a threat that users of the Internet will hold them in contempt.

עמדתי, במרבית המקרים המעוולים והעבריינים לא יאותרו, ולכן מלכתחילה כמעט שלא קיימת יכולת אכיפה.⁴⁵

לחוקים שלא ניתן לאכוף יש שני חסרונות עיקריים. ראשית, הם אינם פותרים את הבעיה שלשם ההתמודדות עמה נחקקו. שנית, הידיעה שהם אינם נאכפים מחלישה את כוחה הנורמטיבי של החקיקה בכלל. לעתים מוגשות תביעות על יסוד חקיקה מקומית אפילו בהעדר הנתבע (בין בשל מגבלות טכנולוגיות ובין בשל מגבלות סמכות).⁴⁶ מטרתן של תביעות כאלה היא חינוכית – להצהיר על הנורמה ולהראות שהיא נלקחת ברצינות גם בהעדר נתבע. גם כאן מתעוררת השאלה אם בהעדר אפשרות אכיפה תיתפס הנורמה כרצינית, או שמא להיפך – בהעדר אפשרות אכיפה ממשית יהיו הרוב סבורים כי אין טעם באותה חקיקה או לכל הפחות בהליכים המשפטיים, כיוון שאלה ידגישו דווקא את אזלת ידה של המדינה.

כאשר דנים באפשרות האכיפה של חוקים ושל תקנות חשוב לזכור שציות לחוק אינו נובע תמיד מיכולת האכיפה של הוראותיו באמצעות בתי המשפט. במרבית המקרים הציות לחוק נובע מעצם העובדה שמדובר בחוק ומתוקפו הנורמטיבי.⁴⁷ כך, מרבית האזרחים נמנעים מביצוע עבירות או עוולות לא בשל הפחד מתביעה ספציפית אלא משום שהם מעוניינים לשמור על החוק, המשקף נורמות מוסריות. המצב דומה גם כשמדובר בחוזים – מרבית האנשים יקיימו חוזה כי לכך התחייבו. הציות נובע מחפיפה בין המוסרי והראוי לבין החוק. גם בכל הנוגע לאינטרנט שומרים הגולשים על כללי המשחק. כך, למשל, אין כמעט דיווחים על הונאות ברשתות חברתיות ובמכירות פומביות באינטרנט, אף שלוחקים בהן חלק עשרות מיליוני משתתפים,⁴⁸ ורשתות חברתיות פועלות על פי כללים

45 על חוסר אפשרות האכיפה ראו: Przemyslaw Pau Polan'ski, *Customary Law of the Internet*, in THE SEARCH FOR A SUPERNATIONAL CYBERSPACE LAW 291 (2007)

46 לעניין זה ראו את הסקירה כאן: KOHL, לעיל ה"ש 20, בעמ' 25, הערה 104; קוהל מביא שם תיאור של פסק דין שניתן בגרמניה, מקרה שבו הוחלט להגיש כתב אישום ולנהל הליך נגד עברייני זר בשל חשיבות העניין. בישראל, נפסק ברע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם ב"נבו", 25.3.2010; להלן: עניין מור), כי אין להורות על חשיפת שמות גולשים בהעדר הליך הקבוע לכך בחקיקה. עד לעניין מור נחלקו הדעות באשר למבכנים שראוי להחיל לצורך החשיפה, אולם בעניין מור פסק בית המשפט העליון כי בהעדר חקיקה אין מקום לנהל הליכים מסוג זה כלל ועיקר. בעניין מור נדונה עוולה של לשון הרע. בית המשפט העליון חזר על הלכה זו בדיון שעסק בעוולה של קניין רוחני, בע"א 1622/09 גוגל ישראל נ' חברת ברוקרטוב (פורסם ב"נבו" 1.7.10; להלן: עניין ברוקרטוב).

47 ראו: HANS KELSEN, PURE THEORY OF THE LAW 35, n. 44 (2nd ed. 1967).

48 ראו לעניין זה: Jun Gu, *Consumer Rights Protection on the Online Auction Website – Situations and Solutions: A Case Study of eBay*, U. EDINBURGH. L. REV. 9–18 (2007); Thomas Schultz, *eBay: Un Système Juridique en Formation?*, 22 REVUE DU DROIT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION 27 (2005).

שמיליוני גולשים נוהגים לפיהם.⁴⁹ אולם אין די בכך, שכן עדיין מתבצעות באינטרנט עבירות ועוולות; אלו הם המקרים שבעניינם נדרשת האכיפה, ובעניינם היא כמעט שאינה מתקיימת.

אני סבורה כי לאור חשיבות העיקרון של שלטון החוק ולאור חשיבותם של הסדרים מדינתיים בנושאים מסוימים שאינם נוגעים לרשת, אין להסדיר את הפעילויות באינטרנט כשלעצמן בחקיקה מדינתית. ככל שחקיקה פנימית החלה על פעילויות מחוץ לרשת חלה גם על פעילויות ברשת (עוולות, עבירות פליליות), יש להבהיר בחקיקה באילו תנאים ניתן יהיה לנהל הליכים משפטיים בישראל אם מדובר בעוולה או בעבירה שבוצעו ברשת. כך ייחסך מבתי המשפט ניהולם של תיקים שפעמים הם מורכבים ומעוררים שאלות של מדיניות, במצבים שבהם בסופו של יום לא ניתן יהיה לאתר את המעוול או העבריין כלל ועיקר.

ד. הסכנות שבהסדרת הפעילות ברשת בחקיקה

בחלק הקודם עמדתי על קשיי האכיפה של נורמות ושל חוקים (ובעיקר חוקים מדינתיים) בהקשר של רשת האינטרנט. לו דובר בקשיים לברם, ניתן היה לטעון שקשיים באיתור מעוולים ועבריינים וקשיי אכיפה קיימים תמיד, והם אינם צריכים למנוע חקיקה בעניין עוולות ועבירות ברשת, חקיקה שתחול במקרים שבהם יאותרו העבריינים או המעוולים. אולם פרט לקשיים אלה, הטבועים ברשת, להסדרת הפעילויות ברשת יש חסרונות מהותיים, והם מחזקים את הטענה שלפיה אין להסדיר את הפעילות ברשת בחקיקה. החסרונות בהסדרת הפעילות ברשת בחקיקה הם הסכנה שבבלימת התפתחות הרשת והתפתחויות טכנולוגיות הקשורות בה; היווצרות אפקט מצנן (chilling affect); חקיקה על פי המכנה המשותף הנמוך ביותר במישור הבין-לאומי; פגיעה בחופש המידע וביצירתיות; וריכוזיות הרשת בידי גופים גדולים היכולים לעמוד בעלויות משפטיות "על חשבונם" של גופים קטנים יותר. אעמוד על חסרונות אלו בקצרה.

1. האפקט המצנן ובלימת התפתחות הרשת

הסכנה הראשונה בחקיקה להסדרת האינטרנט היא של בלימת התפתחות הרשת, בשל יצירת חוסר ודאות הנובעת מחוסר אפשרויות האכיפה ומגלובליות הרשת. גופים שלא יהיו בטוחים אם מידע מסוים, יצירה מסוימת או פרסומים מסוימים הם מותרים או אסורים

49 יש הטוענים כי כיוון שברשתות החברתיות גם אם מבוצעות עוולות הן אינן למטרות מסחריות, יש בכך פגיעה בתעשיית הזיכיונים. ראו: Maria Haigh, *Downloading Communism: File Sharing as Samizdat in Ukraine*, 57 LIBRY 165–178 (2007); המחברת טוענת טענה זו לגבי אוקראינה, שבה התקיימה תופעה נרחבת של "פירטיות מסחרית". יש הטוענים עוד כי שיתוף מעודד הן יצירה הן רכישה של יצירות. ראו למשל: Felix Oberholzer-Gee & Koleman S. Strumpf, *The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis*, 115 J. POL. ECON. 1 (2007).

– עלולים להימנע משימוש ברשת.⁵⁰ להטלת נורמות וחקיקה הקובעת הגבלות חזקות מדי עלול להיות אפקט מצנן, והיא עלולה לגרום להרתעת יתר. לאפקט מצנן זה שני פנים. האחד הוא בהגבלת נגישותם של אמצעי ביטוי ויצירה ושל בימות הפתוחות למשתתפים מן הציבור הרחב; האחר הוא בהגבלת גישת הציבור למידע או ליצירות השונות שמקורם במשתמשים כולם, ולא דווקא בגופים החזקים. התוצאה היא צינן הרעיונות, היצירה והשיח המבוזר. הטלת הגבלות ונורמות משפטיות מקומיות על תחום שאינו טריטוריאלי מעצם אופיו, עלולה לפגוע בביזוריות האינטרנט ולגרום להיווצרות של אותו אפקט מצנן. דוגמה לחשש מסוג זה ניתן למצוא בפסק דין של בית המשפט העליון האמריקני, שבו נקבע כי חוק שהסדיר הפצת חומר פורנוגרפי באינטרנט הוא בלתי חוקתי.⁵¹ במטרה להגן על קטינים מפני היחשפות לחומר פורנוגרפי ברשת, חוקק הקונגרס האמריקני בשנת 1996 את ה־Communications Decency Act. החוק כלל הוראות בנוגע להפצת חומרים פורנוגרפיים, ונקבע בו עונש של שתי שנות מאסר בגין העברה מכוונת של הודעות תועבה לקטינים מתחת גיל 18. אולם החוק לא היה ברור; הוא התייחס ל־"obscene or indecent messages" וקבע כי הגדרה זו תכלול את המרכיבים הללו: "any kind of message describing or depicting in terms patently offensive as measured by community standards, sexual or excretory activities or organs". לפי הגדרה זו, גם עבודה מדעית המתארת אברי מין עלולה ליפול לגדר החוק. באשר ל"ערכי מוסר וערכי הקהילה" – גם אלו אינם בהירים דיים.

ההתנגדות העיקרית לחוק והטענה כי אינו חוקתי התבססה על התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, המגן בין היתר על חופש הביטוי. משתמשי הרשת וחברות הפועלות בה גרמו להכרות החוק כבלתי חוקתי על-ידי בית המשפט העליון. מקריאת פסק הדין של בית המשפט העליון ניתן ללמוד כי נוסף לטיעונים המבוססים על התיקון הראשון לחוקה, הדגיש בית המשפט גם את חשיבות הזרימה החופשית של מידע באינטרנט.⁵² בית המשפט התייחס, גם אם לא באופן מפורש, לכך שעל אף הגבלת חופש הביטוי והטלת הגבלות על הפצת מידע ברשת, החוק אינו מספק לקטינים הגנה של ממש. בית המשפט הכיר בכוחו המוגבל של המשפט, או ביכולת האכיפה המוגבלת של המדינה, ולאורן עמד על הסכנות לרשת. אם כן, חוסר יעילותה של האכיפה מזה ונוק צפוי לרשת מזה הובילו את בית המשפט להכריז על החוק כבלתי חוקתי.

דוגמה נוספת מצויה במקרה של משפחת לנז (Lenz) הידוע בכינויו "The dancing baby". סטפני לנז, אם לפעוט שהיה בן שנה וחצי, צילמה אותו ורקד על רצפת המטבח

50 Mancini, לעיל ה"ש 35, בעמ' 116. ראו גם את אתר "אפקטים מצננים": CHILLING EFFECTS, www.chillingeffects.org. אתר זה מסביר לגולשים את זכויותיהם כדי לצמצם את האפקט המצנן. האתר הוקם בשיתוף בין ארגון משתמשים ברשת לבין אוניברסיטאות מובילות בארצות הברית.

51 Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU), 521 U.S. 84 (1997).

52 שם, בעמ' 853 לפסק דינו של השופט Stevens; השופט מדגיש את היתרונות העצומים הגלומים בזרימה ללא הגבלה של מידע, של רעיונות, של יצירות ושל סחורות ברשת.

בסרט וידאו ביתי שאורכו 29 שניות.⁵³ בפברואר 2007 העלתה גברת לנו את הסרטון לאתר "YouTube", כדי לאפשר לחברים ולבני משפחה לצפות בבנה. בסרט רואים את הפעוט רוקר, וברקע מתנגן, בעמימות, להיט של הזמר Prince בשם "Let's Go Crazy". עד חודש יוני של אותה שנה צפו בסרטון 28 אנשים, בעיקר חברים ובני משפחה. או אז קיבלה האם מכתב מחברת "YouTube"; במכתב הודיעה לה החברה כי הסירה את הסרטון מן האתר לבקשתה של "Universal Music Publishing Group", אחת מחברות המדיה הגדולות בענף, שטענה כי הסרטון מפר את זכויות היוצרים של החברה בשירו של Prince. בריאיון לרשת החדשות "ABC" אמרה לנו:

At first it frightened me, because I saw who had filed the takedown notice. It was Universal Music Publishing Group, and I was afraid that [...] they might come after me [...] And the more afraid I got, the angrier I got [...] I was afraid that the recording industry might come after me the way they've come after other people for downloading music or file sharing. I thought even though I didn't do anything wrong that they might want to file some kind of suit against me, take my house, come after me. And I didn't like feeling afraid. I didn't like feeling that I could get in trouble for something as simple as posting a home video for my friends and family to see.⁵⁴

לנו הגישה לחברת "YouTube" הודעה נגדית (על פי ההליך הקבוע בחוק) ובה דרשה את החזרת הסרטון לאתר. לאחר שישה שבועות הוחזר הסרט לאתר "YouTube". אולם, לנו לא הסתפקה בכך ופנתה לארגון בשם "The Electronic Frontier Foundation", ארגון המעניק סיוע משפטי למשתמשים ברשת, והגישה תביעה נגד "Universal Music Publishing Group" בטענה של ניצול לרעה של חוק זכויות היוצרים מצדה. לטענתה של לנו, ברור היה כי השימוש שעשתה בשיר במסגרת סרט וידאו ביתי מסוג זה אינו הפרה של זכות היוצרים, אלא שימוש הוגן. עורכת הדין שייצגה את האם עמדה על החשש שניצול החוק באופן כזה ייצור אפקט מצנן:

"We've seen a lot of abuse of the takedown procedures," McSherry said. "It's very easy to get material taken down, and unfortunately folks aren't careful enough when issuing notices. This interferes with free-speech rights. The Internet can't continue to grow or be a robust forum if users can't share views or larger political commentary without being worried that every little piece of content is going to be removed".⁵⁵

53 הסרטון ותיאור המקרה מופיעים באתר חדשות "ABC": Chris Francescani, *The Home Video Prince Doesn't Want You to See*, ABCNEWS (Oct. 26, 2007), <http://abcnews.go.com/TheLaw/story?id=3777651>.

ש.ם. 54

55 ראו את תיאור ההליכים באתר חדשות "CNet": Greg Sandoval, *Mother Protects YouTube*, CNET NEWS (Oct. 30, 2007), http://news.cnet.com/8301-10784_3-clip_by_suing_Prince, .9807555-7.html

מרבית האנשים שהיו מקבלים הודעת הסרה היו, כמו לנו, חוששים, אך בשונה ממנה – לא עושים דבר. זו דוגמה מוחשית להיווצרותו של אפקט מצנן. הבעיה המרכזית היא שפעמים רבות, גולש המעלה יצירה לרשת אינו סבור כי הוא מפר את החוק, כמו במקרה הנדון. על כן, חשיפת שמו של מי שטוענים נגדו כי ביצע עוולה של הפרת דיני הקניין הרוחני רק בשל עצם טענתו של בעל הזכות, תרוקן מכל תוכן את הזכות לפרטיות, לאנונימיות או לזהות וירטואלית.

כאמור, איסור על העלאת מידע לרשת או על פעילות ברשת ברמה המדינתית אינו יעיל. פרט לקשיים המעשיים, איסור כזה יפגע בזרימת המידע ויבריח גולשים ואתרים מאותה מדינה למדינות שבהן אין הגבלות כאמור. במקרה כזה עלולים גם אתרים שפעילותם לגיטימית להעבירה, מחשש לעבירה על החוק. מעבר כזה יפגע בכלכלתה של אותה מדינה, ויוביל לפריחת הכלכלה דווקא בארצות שאינן מטילות כל הגבלות על הרשת.

2. ריכוזיות הרשת

בספרו *The Future of Ideas* מזהיר לורנס לסיג (LAWRENCE LESSIG), מפני סכנה אחרת הנובעת מהתערבות ברשת והיא ריכוזיות הרשת בידי גופים כלכליים גדולים, ריכוזיות שתגרום לאבדן היצירתיות והמקוריות.⁵⁶ לדבריו, האינטרנט נמצא בתחילת דרכו. המעבר לטכנולוגיות דיגיטליות הוביל לירידה בעלויות הייצור וההפצה ואפשר העברת יצירות ורעיונות על ידי כל אחת ואחד; לטענתו, חקיקה שתגביל פעילויות ברשת תוביל לכך שהחברות הגדולות, המעסיקות עורכי דין שיכולים לברוק משפטית כל פרט ופרט, שוב ישלטו ברעיונות ובמידע, ואילו אנשים פרטיים יחששו לעשות כן.

בהקדמה לספרו *Free Culture* מתאר לסיג את הבעייתיות שבהרחבת זכויות יוצרים כדי להגן על התעשייה הקיימת, הנעשית בתוך פגיעה בטכנולוגיות חדשות ויעילות המשמשות למטרות לגיטימיות.⁵⁷ לסיג מדגים בספר את טענותיו בעניין ריכוזיות הרשת בידי בעלי ההון, ומציג חשש לפגיעה בערכים מסורתיים: “[T]he war to rid the world of Internet ‘pirates’ will also rid our culture of values that have been integral to our tradition from the start”⁵⁸.

לסיג מבהיר את הסכנות ואת ההתפתחות שכבר מתרחשת בהקשר זה:

Thus, [...] the law’s role is less and less to support creativity, and more and more to protect certain industries against competition. Just at the time digital technology could unleash an extraordinary range of commercial and noncommercial creativity, the law burdens this

56. LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS* (2001)

57. LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE – HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO*

LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY 9 (2004)

58. שם, בעמ' 10.

creativity with insanely complex and vague rules and with the threat of obscenely severe penalties.⁵⁹

מקור הבעיה הוא בכך שלענקי התעשייה יש כסף ויועצים משפטיים המאפשרים להם לנהל קרבות משפטיים; לעומתם בעלי מרבית האתרים, הגולשים והמשתמשים הם לרוב אנשים פרטיים, ופעמים רבות עליהם להיכנע ללא קרב רק בשל העלויות הכרוכות בהתעמתות עם ענקי התעשייה בהליכים משפטיים מורכבים ויקרים.⁶⁰ על חשיבותה של שאלה כללית זו עמדה ניבה אלקין-קורן:

Decentralized nature of online information markets increases pressure on the legal system to produce means of market control. In the absence of a central bottleneck in the infrastructure, market players increasingly rely on legal rights for exercising control over information markets and protecting market domination. Intellectual property laws have turned out to be a major means of expanding market power, reducing competition and concentrating control over production and distribution of information.

הרשת היא, אפוא, זירה טבעית להתפתחות שיח מבוזר ויצירה חופשית, המאפשרת למשתתפים רבים להתבטא באופן עצמאי וישיר במעין "הייד פארק" וירטואלי. לכך קיימת חשיבות עליונה. אמנם כיום הרשת נשלטת על ידי גופים גדולים, ואין לומר כי לגולש הבודד או לכתב בעיתון מקוון רב-תפוצה יש משקל זהה. אולם כפי שניתן היה ללמוד מהמחאה באיראן ומגילוייה של זמרת אלמונית, לגולש הבודד יש עדיין סיכוי להביע את עצמו, סיכוי שלא היה קיים קודם לכן.

החשש מהיווצרותו של אפקט מצנן הודגש במיוחד בהקשר של חופש הביטוי ושל תרומת השיח החופשי והמבוזר לדמוקרטיה, אך גם בהקשר של זכויות יוצרים.⁶¹ בעידן האינטרנט יכול כל אדם לממש בפועל את חופש הביטוי, חופש שקודם לעידן זה היה נתון לו כמעט רק באופן תאורטי. מימושו של פוטנציאל זה תלוי בגורמים נוספים המצויים מחוץ לרשת עצמה, ובשל כך יש להיזהר מקביעת נורמות משפטיות חזקות מדי. הטלת הגבלות חזקות מדי עלולה להוביל ליצירה של מוקדי כוח ושליטה ברשת ולהכשיל את

59 שם, בעמ' 19.

60 על סכנת הריכוזיות הנובעת מחקיקה בהקשר של זכויות יוצרים ראו: Niva Elkin-Koren, *It's all about Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape*, in THE COMMODIFICATION OF INFORMATION 79, 80 (Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel eds., 2002).

61 ראו לעניין זה בש"א (מחוזי ת"א) 11646/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני, (פורסם ב"נבו", 2.9.2009) (להלן: עניין פלוני), שם ציינתי כי גם בהקשר של זכויות יוצרים עלול האפקט המצנן לסכן עקרונות דמוקרטיים של יצירה ושל השתתפות בחיי התרבות.

מגמות הביזור, מגמות שבהן טמון יתרונה של הרשת, המתבטא ביכולתה לקדם את השיח הציבורי ואת היצירה החופשית.⁶²

3. הגבלות על פיתוח טכנולוגי

פיתוחים טכנולוגיים שונים, כגון טכנולוגיות שיתוף קבצים (P2P – Peer to Peer) וטכנולוגיות המאפשרות שמירה של מקטעי מידע על מחשבים שונים, מאפשרים הן שימושים מפרים באינטרנט, כגון הפרה של זכויות קניין רוחני, הן שימושים חיוביים ומותרים, כגון העברת קבצים לא מפרים במהירות, בעיילות ולעתים בסודיות בין משתמשים. הטלת הגבלות על פיתוח טכנולוגיות מסוימות שניתן לעשות בהן שימוש מפר תוביל להאטה בפיתוחים טכנולוגיים המשמשים גם לצרכים חיוביים. נשאלת השאלה אם יש מקום לחסום מכוח דיני זכויות יוצרים התפתחויות טכנולוגיות המאפשרות שימושים מפרים לצד שימושים מותרים.⁶³

בעניין זה ניתן לחזור לפסק הדין האמריקני בעניין *Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.*; שם נטען כי אין לאפשר לחברת "סוני" למכור מכשירי וידאו (VCR) כיוון שבעזרתם ניתן גם להעתיק יצירות מוגנות.⁶⁴ בית המשפט העליון בארצות הברית קבע ש"סוני" תורמת אמנם להפרת הזכויות שמבצעים מי שמעתיקים סרטים ותכניות שלא כדין. עם זאת, בית המשפט דחה את הטענה כי יש להטיל על "סוני" אחריות של מפר תורם, כדי שלא לבלום התפתחות טכנולוגית. בית המשפט קבע כי כאשר התרומה להפרת זכויות היוצרים היא של מי שמספק מכשיר שבאמצעותו ניתן להפר את הזכויות, לא תוטל על יצרן המכשיר אחריות כמפר תורם אם אותו מכשיר יכול לשמש גם לשימושים לגיטימיים. בית המשפט מצא כי שימושם של הצופים בבית במכשיר – הקלטת תכנית כדי לצפות בה בשעה מאוחרת יותר (time shifting) – הוא שימוש הוגן וחוקי, ומשום כך פעולתה של "סוני" בייצור המכשירים היא לגיטימית.

כך גם בענייננו, הטלת הגבלות על טכנולוגיות מתפתחות שמטרתן היא בין השאר שיתוף קבצים, תפגע בהתפתחות הטכנולוגית, בעיקר כאשר למרבית הטכנולוגיות הללו יש גם שימושים לגיטימיים. חשיבות רבה בהקשר זה יש לפיתוח תכנות בקוד פתוח, קוד

62 ראו ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים 'בכיכר השוק' הווירטואלית" **ממשל ומשפט ו** 381, 387-390 (2003).

63 יובל קרניאל ואהוד נסימאן "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" **עלי משפט ג** 194, 199 (2003). לסקירת הטכנולוגיה והשפעתה ראו עו"ד: Ian R. Kerr, *Technological Protection Measures: Part I – Trends in Technical Protection Measures and Circumvention Technologies* (2004), available at <http://ssrn.com/abstract=705003>; Urs Gasser, *Legal Framework and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model*, 17 *FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.* 39 (2006); Raymond Shih Ray Ku, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 *U. CHI. L. REV.* 263, 270-76 (2002).

64 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) (להלן: *Sony*).

שבמסגרתו כל מי שרוצה רשאי ויכול לתרום לפיתוח תכנה מסוימת. הטלת אחריות על המפתחים עלולה לפגוע בפיתוח תכנות בקוד פתוח, שכן גם במקרה זה עלולים המפתחים לחשוש מאחריות.⁶⁵

4. חקיקה בין-לאומית במכנה המשותף הנמוך ביותר (The Race to the Bottom)

סכנה נוספת הטמונה בהסדרת הפעילות באינטרנט בחקיקה, נובעת מניסיונות להגיע לאחידות בחקיקה מתוך שאיפה לשיתוף פעולה בין-לאומי. גם כאן סיכויי ההצלחה נמוכים, שכן יש להניח שתמיד יימצאו מדינות שלא יחילו הגבלות, לא יאכפו הגבלות שהטילו מדינות אחרות ויהפכו ל"מקלטי אינטרנט". אולם פרט לכך, המהלך עצמו עלול לגרום לשינוי החקיקה במדינות לכיוון המכנה המשותף הבין-לאומי הנמוך ביותר. יש לזכור שמרבית החקיקה נוגעת לעוולות ועבירות בכלל ולא רק לאלו המבוצעות ברשת עצמה. כך, למשל, האם נרצה לקבוע את גבולות חופש הביטוי ולהגדיר את עוולות הפגיעה בפרטיות ולשון הרע על פי מבחנים של החברה הישראלית, או שמא ראוי לעשות זאת על פי המכנה המשותף הבין-לאומי הנמוך ביותר, רק בשל כשלי האכיפה באינטרנט? במצב דברים כזה גם הוצאת דיבה שלא באמצעות הרשת תהיה כפופה לאותם מבחנים.

האם צרפת, למשל, תרצה לבטל את האיסור של הצגת פריטים נאציים ומכירתם, כדי להתאים את עצמה לסטנדרטים שנקבעו בארצות הברית מכוח התיקון הראשון לחוקה? אם צרפת תעשה כן במטרה לזכות בשיתוף פעולה מצד ארצות הברית ככל הנוגע לאינטרנט, יחולו אותם מבחנים גם על מכירת פריטים נאציים ועל הצגתם בחנויות בצרפת (אחרת, כל מי שיהיה מעוניין למכור או להציג פריטים כאלה יעשה זאת דרך הרשת). על כן, בהינתן העובדה שהסכמה בין-לאומית מוחלטת אינה יעד סביר, אין זה ראוי לשנות את החקיקה המקומית ולהתאימה למכנה המשותף הבין-לאומי הנמוך ביותר, ובכך לפגוע בעקרונות שעליהם מבוססת החברה הישראלית.

לאור חוסר היעילות שבאכיפה, יש לתת משקל יתר לבעייתיות ולקשיים הנובעים מחקיקה בעניין רשת האינטרנט. למעשה, כל חקיקה המגבילה פעילות או תכנים ברשת, אם תיאכף, תפגע בזרימת המידע הבין-לאומית ובאופייה של הרשת. על כן יש לבחור, כפי שמצייין אוטה קוהל:

Transnational Internet and national law are not reconcilable: they are logically irreconcilable, and thus practically so. It is impossible to hold onto national law successfully and not compromise the transnational openness of the Internet [...] The globalization of laws allows the Internet to be retained as an open medium but occurs at the expense of peculiar national laws and values. On the other hand, making the

65 לעניין זה ראוי לציין כי בדין הישראלי קיימת דוקטרינה של הפרה תורמת בידי קניין רוחני. ההלכה נקבעה בבית המשפט העליון בע"א 1636/98 רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ, פ"ד נה(5) 337 (2001) בנוגע לפטנטים, ויושמה בע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ (פורסם ב"נבו", 20.6.2011) לגבי זכויות יוצרים.

Internet less transnational [...] through territorial zoning of online activity, allows national policies [...] to be preserved but at the expense of the uninhibited freedom of transnational online communications. Neither option is without drawbacks [...] there is always a price to be paid [...] a choice has to be made.⁶⁶

לדעתי, לאור קשיי האכיפה שתוארו יש לבחור בזרימת המידע החופשית ברשת, בגלובליות ובאי-הגבלת האינטרנט.

ה. חלופות להסדרה חקיקתית של רשת האינטרנט

בחלק זה ברצוני לעמוד על חלופות להסדרה חקיקתית מדינתית. בכל החלופות שאציג נמנעים הכשלים שעליהם עמדתי בעת הדיון בחקיקה מדינתית, ובניגוד לחקיקה המדינתית, שבפועל אינה נאכפת ברשת, מדובר באמצעים ישימים.

אחת הטענות המרכזיות הנשמעות בהקשר זה היא כי יש לנסות ולאכוף את החקיקה, גם אם פעולות האכיפה אינן מסתיימות תמיד בהצלחה. לעניין זה מושווים העבריינים והמעוולים ברשת לעבריינים ולמעוולים בעולם שמחוץ לרשת. היעלה על הדעת, כך נטען, שהמטרה תפסיק במרדפה הבלתי פוסק אחר עבריינים רק משום שלכידת עבריינים, ובעיקר עבריינים מתוחכמים, מציבה בפניה קשיים ניכרים? לטעמי, השוואה זו אינה במקומה. לעבריינות ולביצוע עוולות אין כל יתרון חברתי, ואכן, יש לעשות כל מאמץ להגיע אל המעוולים ואל העבריינים ולהעמידם לדין. אולם אף שבעולם שמחוץ לרשת יש לעניין זה הצלחה חלקית, והניסיונות לאתר את העבריינים ואת המעוולים אינם פוגעים במידה ניכרת במי שאינם כאלה, הרי באינטרנט המצב הפוך. ראשית, כבר הראיתי לעיל כי בשל מבנה הרשת סיכויי האיתור והאכיפה קלושים מראש. שנית, עצם ניסיונות האיתור והאכיפה גורמים לאותם כשלים ונזקים שתארת. לאור האמור, בכל הנוגע לרשת האינטרנט יש להעדיף את החלופות שאציג להלן – חלופות שהן מעשיות יותר ופוגעות פחות במבנה הרשת ובמשתמשים בה.

ניתן לעמוד על שלוש חלופות מרכזיות להסדרה חקיקתית מדינתית של הרשת. בהסדרה כוונתי אינה דווקא לנורמות משפטיות, אלא לכל אמצעי המסייע להשיג את המטרה שאותה מעוניינים להשיג – הרתעה מביצוע עבירות או עוולות ברשת.⁶⁷ כך, למשל, כדי למנוע הפרת זכויות יוצרים, ניתן לעשות שימוש באמצעים טכנולוגיים המונעים יכולת העתקה; אם מעוניינים למנוע את הפצתו של "דואר זבל", ניתן לעשות שימוש בטכנולוגיות המחייבות זיהוי ומונעות הפצת דואר כזה; ניתן באמצעים טכנולוגיים למנוע גישה לאתרים מסוימים. על כן, החלופות לחקיקה מדינתית הן אמצעים טכנולוגיים, הסדרה בין-לאומית והסדרה עצמית של השחקנים ברשת. לגבי כל אחת מהחלופות יש לבחון אם יש צורך בחקיקה שתתמוך בה או שתלווה אותה.

66 KOHL, לעיל ה"ש 20, בעמ' 253.

67 להגדרה זו של הסדרה, הכוללת אמצעים טכנולוגיים, ראו: Paul Schiff Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation*, 71. U. COLO. L. REV. 1263 (2000).

1. אמצעים טכנולוגיים

קיימים אמצעים טכנולוגיים רבים למנוע פעילויות ברשת שהמדינה או הפרט מעוניינים למנוע. כך למשל, כאמור, ניתן להגן על יצירות באמצעות פיתוחים טכנולוגיים שמונעים העתקה ולמנוע הפצת דואר זבל; קיימות תכנות "צנזורה" שונות, שאינן מאפשרות גישה לאתרים שמופיעות בהם מילים מסוימות, ולעומתן קיימות טכנולוגיות הפוכות, המאפשרות גישה רק לאתרים מורשים. יש כיום פיתוחים הנוגעים לפרטיות ולאפשרויות איסוף מידע (Cookies).⁶⁸ בטכנולוגיות אלה יכול כל פרט לעשות שימוש על פי העדפותיו האישיות; יכולים להשתמש בהן ספקי שירות ואף המדינה עצמה (תופעה הקיימת כיום בסין ובמדינות לא דמוקרטיות נוספות).⁶⁹ יש הטוענים כי כיוון שהרשת היא פיתוח טכנולוגי, יש לעשות שימוש אך ורק באמצעים אלו. אמנם לכל טכנולוגיה יש טכנולוגיית-נגד, והגנות ומחסומים נפרצים, אך אמצעים חדשים מפותחים מיד וחוזר חלילה. השוק הטכנולוגי שומר על איזון, וכך ניתן למנוע לפחות חלק מהניצול לרעה של הרשת.

אחת המחלוקות העיקריות בעניין הסדרה טכנולוגית היא בשאלה אם יש מקום להתערבות משפטית בעניין זה.⁷⁰ האם יש מקום, למשל, לחקיקה האוסרת פיתוח של טכנולוגיות המאפשרות לפרוץ הגנות טכנולוגיות? האם ראוי להגביל בחקיקה או בפסיקה טכנולוגיות שבהן ניתן לעשות שימושים שלא כדין?

בחנית החקיקה והפסיקה מובילה למסקנה כי אין להתערב משפטית בפיתוחים טכנולוגיים. ראשית, כפי שאראה בחלק זה, נראה כי התערבות כזו אינה ישימה מבחינה מעשית; שנית, לאור הסכנות של עצירת התקדמות הטכנולוגיה והיווצרות אפקט מצנן לגבי פיתוחים טכנולוגיים, נראה כי אין זה רצוי לעשות כן. אדגים זאת באמצעות שתי דוגמאות. האחת – חקיקה אמריקנית האוסרת את הפצתן ומכירתן של טכנולוגיות שנועדו "לפרוץ" או לעקוף טכנולוגיות להגנה על יצירות המוגנות בידי קניין רוחני; והשנייה – המאבק האמריקני בתכנות שיתוף הקבצים.

68 ראו: W3C Working Group, *The Platform for Privacy Preferences 1.1 (P3P1.1)* Specification, W3C (Nov. 13, 2006), <http://www.w3.org/TR/P3P11>. הפרויקט החל בשנת 1999 ומדי כמה שנים מתעדכנים הקווים המנחים בהתאם להתפתחויות הטכנולוגיות.

69 אם כי במקרים מעין אלה יש חשש מפני "פיקוח יתר" של המדינה. לניסיונות חקיקה בסין ראו: Shamoil Shipchandler, *The Wild Wild Web: Non-Regulation as the Answer to the Regulatory Question*, 33 CORNELL INT'L L.J. 435, 447 (2000).

70 קיימות ביקורות נוספות; כך למשל הביקורת בדבר יעילות יתר ופגיעה בזכויות אזרח (בעיית הפן-אופטיקון); הטענה שלפיה טכנולוגיה משקפת ערכים (Values in Design) בצורה בלתי שקופה ולכן מקשה על הפיקוח (למשל סכנה לחופש הביטוי בשימוש מוגבר בפלטפורמות שאלגוריתם הסינון שלהם נשמר בסוד); כך גם הטענה בעניין העדר לגיטימיות של אמצעי הסדרה פרטית לעומת הלגיטימיות של הסדרה ציבורית (שלטון עצמי באמצעות נציגים). מפאת קוצר הידיעה לא אוכל להתייחס לטענות אלה כאן.

ה־DMCA האמריקני אוסר על פריצת הגנות טכנולוגיות לשמירה על זכויות יוצרים.⁷¹ חוק זה מעורר בעיות, כגון היקף ההגנה שראוי להעניק לזכויות יוצרים ומידת הנכונות לפגוע בציבור הרחב ובנחלת הכלל לטובת בעלי הזכויות.⁷² נוסף לבעיות אלה, נשאלת השאלה עד כמה החוק עצמו ניתן לאכיפה. כל עקיפה או הפרה של אמצעי הגנה שתיעשה באמצעות הרשת תסבול מאותם קשיי אכיפה. ייתכן כי ניתן יהיה לפעול במידה מסוימת נגד מי שמוכר או מפיץ טכנולוגיות פוגעות מחוץ לרשת. אולם, אם גם מכירתן והפצתן של הטכנולוגיות ייעשו באמצעות הרשת – יהיה קשה לאכוף גם חקיקה כזו. יש הטוענים כי גופים נורמטיביים כמו חברות פיתוח ומשקיעי הון-סיכון יימנעו מהשקעה בטכנולוגיות אלו. אולם ראשית, במצב כזה מתחזקת הטענה בדבר סכנה של עצירת התפתחויות טכנולוגיות הטמונה בחקיקה. שנית, אנשים פרטיים עלולים להירתע מפיתוח של תכנות ובעיקר של תכנות קוד פתוח, ומכך יש להימנע.

דוגמה נוספת היא שיתוף הקבצים ברשת. מדובר בתכנות שיתוף קבצים המאפשרות למשתמשים להעביר ביניהם קבצים. השימוש שנעשה בתכנות אלו והוביל להתדיינות משפטית הוא שימוש לצורך שיתוף בלתי מורשה של קובצי מוסיקה וסרטים המוגנים כדיני זכויות היוצרים. בתחילה אוחסנו הקבצים על שרתים מסוימים בשליטת המפיצים, וכך ניתן היה לפעול נגדם. לאחר מכן עברו המשתמשים לטכנולוגיות "Peer to Peer", והקבצים לא אוחסנו במקום מסוים אלא הועברו בין מחשבים. לאור פיתוח טכנולוגי זה נדונה השאלה אם ניתן להטיל אחריות בגין שימוש בטכנולוגיה זו או הפצתה, למשל בעניין *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*⁷³ משתמשי הקצה השתמשו בתכנת "נפסטר" ("Napster") כדי להוריד קובצי מוזיקה מהאינטרנט. חברת "נפסטר" עצמה

71 Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105–304, 112 Stat. 2860 (להלן: DMCA). החוק אינו עוסק באופן ישיר בזכויות יוצרים אלא מסדיר טכנולוגיות המגנות על זכויות יוצרים. החוק אוסר לעקוף הגנות כאלה או לפגוע בהן, וכן אוסר לייצר או להפיץ טכנולוגיות שמטרתן לפגוע באמצעי ההגנה או לעקוף אותם. כוונת החוק הייתה ליישם את הוראות אמנת זכויות היוצרים של ארגון הקניין הרוחני העולמי: WIPO Copyright Treaty, adopted Dec. 20, 1996, WIPO Doc. CRNR/DC/94. האמנה מחייבת את המדינות החתומות עליה ליתן תרופות משפטיות לפגיעה באמצעי הגנה על יצירות מוגנות או לעקיפה שלהם. לניתוח החוק ראו: Assaf Hamdani, *Who's Liable for Cyberwrongs*, 87 CORNELL L. REV. 901, 950 (2002).

72 שאלה זו היא רחבה מהיקפו של פרק זה. אלקין-קורן דנה בשאלות אלה במאמרה, לעיל ה"ש 37. ראו עוד: Michael D. Birnhack, *More or Better? Shaping the Public Domain*, in: THE PUBLIC DOMAIN OF INFORMATION 59 (P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault eds., 2005); Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 NYU L. REV. 1 (2004). לסוג עוסק בסוגיה זו בדיוק: LESSIG, לעיל ה"ש 57, בעמ' 9. בהקדמה לספר הוא מתאר את הבעייתיות שבהרחבת זכויות יוצרים כדי להגן על התעשייה הקיימת בתוך פגיעה בטכנולוגיות חדשות ויעילות המשמשות למטרות לגיטימיות.

73 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000) (להלן: עניין *Napster*).

סיפקה שרת עם מנוע חיפוש ומאגר מרכזי של קבצים; השרת הודיע לכל משתמשי הקצה בתכנה אצל מי נמצא הקובץ שהם מחפשים, כלומר סיפק שירות של מנוע חיפוש ושל קישור בין המשתמשים. ההתקשרות הראשונית הייתה לשרת של "נפסטר" ודרכו בוצעו חיפוש הקבצים וההתקשרות עם משתמשים אחרים. באמצעות שימוש בטכנולוגיות "Peer To Peer" אפשרה "נפסטר" למשתמשים להעתיק קובצי MP3 שאוחסנו במחשבים של משתמשים אחרים, וזאת בעזרת מנוע חיפוש המאתר קובצי מוסיקה אצל כלל המשתמשים בשירות. הקבצים עצמם נותרו במחשביהם של משתמשי הקצה. בית המשפט האמריקני, שדן בתביעת זכויות יוצרים שהגישו גורמים בתעשיית המוזיקה האמריקנית, פסק כי "נפסטר" לא הפרה באופן ישיר את זכויות היוצרים, הפרה שיוחסה למשתמשי הקצה, אך ייחס לה הפרה תורמת. בית המשפט החיל את המבחן שאומץ בפסק הדין בעניין *Sony*. אולם בעניין *Sony* נקבע עוד, כי היצרן יוחזק כאחראי אם הייתה לו ידיעה על הפרה ספציפית והיה ביכולתו למנוע אותה.⁷⁴ כיוון שבעניין *Napster* הודיעו חברות התקליטים על הפרות מסוימות, הורה בית המשפט להסיר את הקבצים המפרים או לסגור את האתר; "נפסטר" לא עמדה במשימת הסרת הקבצים, והאתר נסגר.

בפסק דין נוסף ומאוחר יותר, בעניין *In re Aimster Copyright Litigation*,⁷⁵ נראה שבית המשפט האמריקני צמצם את המבחן שנקבע בעניין *Sony* ואומץ בעניין *Napster*, בצינינו כי יש לבחון את סדרי הגודל היחסיים של השימושים המפרים לעומת השימושים הבלתי מפרים. בית המשפט קבע כי אם השימושים המפרים הם השימושים העיקריים, אזי תוטל על ספק השירות אחריות בגין הפרה תורמת, אלא אם הוא יראה כי צמצום האפשרות לבצע שימושים מפרים או הסרתה לחלוטין היו מייקרים את פעילותו באופן משמעותי ובלתי סביר. הטכנולוגיה במקרה זה דמתה לזו שנדונה בעניין *Napster*; ההבדל היה שהתקשרות בין המשתמשים בתכנת "איימסטר" ("Aimster") הייתה מוצפנת, ולכן ניתן היה לטעון שספק השירות לא היה מודע לתכנים שהעבירו ביניהם משתמשי הקצה. בית המשפט קבע כי הפיתוח הטכנולוגי של הצפנה אינו משנה את המבחן המשפטי שנקבע בעניין *Napster* וכי מדובר בעצימת עיניים השקולה לידיעה.

כפי שניתן לראות, כאשר בית המשפט קובע כללים בעניינה של טכנולוגיה מסוימת, יש מי שמפתחים מיד טכנולוגיה אחרת, העומדת (או לפחות מנסה לעמוד) באותם כללים. בהמשך נדונו בבתי המשפט בארצות הברית מקרים נוספים שנגעו בשיתוף קבצים בטכנולוגיות שונות, כגון "גרוקסטר" ("Grokster"), "מורפיוס" ("Morpheus") ו"קאזה" ("Kazaa"). פסקי דין אלו צמצמו את ההלכה בעניין *Sony*, והשאלה חזרה לבית המשפט העליון בערעור בעניין *Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster Ltd.*⁷⁶ תכנת "גרוקסטר" היא פיתוח טכנולוגי של התכנות הקודמות, והיא פותרת את בעיית מודעותו

74 לניתוח פסק הדין והאחריות של ספק השירות ראו: Hamdani, לעיל ה"ש 71.

75 *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

76 תחילה הוטלה אחריות על אתר המאפשר שיתוף קבצים באמצעות תכנת "נפסטר": *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F.3d 1004, 645–647 (9th Cir. 2001); לאחר מכן נדונה שוב טכנולוגיות שיתוף קבצים באמצעות תכנת "גרוקסטר": *Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

של הספק להעברת תכנים מפרים על ידי המשתמשים. התכנה מופצת בין המשתמשים, אולם לאחר התקנתה הקשר הוא בין המשתמשים בלבד, שלא באמצעות ספק השירות (טכנולוגיה המכונה "True Peer To Peer"). כלומר, החיבור בין המשתמשים אינו נעשה באמצעות שרת מרכזי או מנוע חיפוש מרכזי. בערכאות הראשונות נקבע כי לא מדובר בהפרה תורמת, שכן במקרה זה ההפרה היא של משתמשי הקצה בלבד, ואילו ספק התכנה ויצרן התכנה אינם מעורבים. לעומתן קבע בית המשפט העליון כי מדובר בטכנולוגיה המעודדת והיוזמת הפרה, ועל כן יש להטיל אחריות על מפיץ התכנה. עם זאת, השופטים נחלקו בשאלה אם יש לצמצם את ההלכה שנקבעה בעניין *Sony*, שלפיה אם למכשיר או לטכנולוגיה יש גם שימושים שאינם מפרים – אין לעצור את השימוש בו, כדי לא למנוע או לצנן פיתוחים טכנולוגיים. חלקם סברו שאין בכך צורך משום שבמקרה שנדון לא היה כמעט שימוש לגיטימי בתכנה; אחרים סברו כי יש לצמצם את ההלכה בעניין *Sony* למקרים שבהם המודל הכלכלי מבוסס על הפרה. אולם, אף שמשמשי רשתות ה-P2P שאליהן מחוברות תכנות שיתוף הקבצים יכלו להעביר בינם לבין עצמם כל קובץ דיגיטלי, כלומר היה לטכנולוגיה של תכנת "איימסטר" שימוש לגיטימי, בית המשפט קבע כי מדובר בהפרה תורמת.

בית המשפט העליון בארצות הברית קבע כי פסק דינו אינו משנה או מצמצם את ההלכה בעניין *Sony*. אולם הוא הוסיף וקבע כי הלכה זו תחול רק אם ההפרה התורמת מתייחסת לתכנון או לייצור מוצר העלול לשמש גם לתכנים מפרים. לעומת זאת, אם הפצת המוצר נעשתה בכוונה לקדם את השימוש באותו מוצר להפרת זכויות יוצרים, כמו במקרה הנדון – יראו בכך הפרה תורמת. בית המשפט קבע כי יש לבחון את תכלית המוצר – כאשר התכלית היא כלי להפרת זכויות יוצרים ייחשב המפיץ כמפר. בית המשפט קבע עוד כי על תכלית המוצר יש ללמוד מכוונתו הסובייקטיבית של המפיץ; כלומר, אין זה די להראות כי קיימים שימושים בלתי מפרים אפשריים, אלא יש להראות כי תכלית השימוש היא לגיטימית וכי השימושים המפרים נלווים לה בלבד. עם זאת, בית המשפט הוסיף כי מנגד אין די בתכלית מפרה כדי להטיל אחריות, ויש צורך להצביע על הפרה בפועל. נראה כי ביסוד פסק הדין והחלטת בית המשפט להטיל אחריות על "איימסטר" עמדה העובדה שבפועל, השימוש המרכזי הנעשה בתכנות אלו הוא להחלפת יצירות מוגנות, מוזיקה וסרטים (כ-90 אחוזים מהקבצים המועברים) וכי דובר במיליארדים של קבצים מפרים.⁷⁷ שאלה אחרת, שלא ארחיב עליה את היריעה, היא אם יש מקום לחשוף את שמותיהם של גולשים שהורידו מספר גדול של קובצי MP3 מאתרי שיתוף קבצים.⁷⁸ השאלה אם יש לצמצם את ההלכה שנקבעה בעניין *Sony* מתחדדת בכל הנוגע לפיתוח תכנות בקוד

77 ראו פסק דין שניתן ב"High Court באנגליה, בעניין תביעה שהוגשה נגד אתר לחיפוש סרטים בטענה של הפרה תורמת של זכויות יוצרים: Twentieth Century Fox Film Corp & Others v. Newzbin Ltd [2010] All ER (D) 43 (Apr).

78 דוגמה נוספת לבעייתיות שהצגתי מתבטאת בעניין *Verizon*, שם נפסק כי אין מקום לחשוף את זהות הגולשים: Recording Industry of America Inc. v. Verizon Internet Services Inc., 351 F.3d 1229 (D.C. Cir. 2003).

פתוח; אנשים רבים ברחבי העולם תורמים לפיתוח תכנות אלה, ולכן זהות ה"מתכנת" אינה ברורה.

כיום קיימים פיתוחים המאפשרים אחסון של חלקי מידע שונים על מחשבים שונים, כך שבעל המחשב כלל אינו יודע מה מאוחסן על המחשב שלו, ולמעשה הקובץ המפר אינו מאוחסן בשלמותו בשום מקום ואינו נשלט בידי איש. האם ניתן להסדיר טכנולוגיה כזו בחקיקה? נראה שלא; כפי שניתן ללמוד מהפסיקה שלעיל, על כל טכנולוגיה שנקבעה כמפרה פותחה טכנולוגיה חדשה, ועליה לא חלו הכללים שנקבעו בפסיקה.

משתי הדוגמאות שהובאו ניתן ללמוד בראש ובראשונה כי הסדרה זו אינה מעשית. ההתפתחות הטכנולוגית מקדימה את ההתפתחות המשפטית; על כן, גם חקיקה המטפלת בטכנולוגיה ולא בהתנהגות המפרה עצמה צפויה לאתרו גורל של קושי באכיפה. אני סבורה כי אין מקום לחקיקה כזו, בעיקר לאור הבעייתיות שעליה עמדתי לעיל; חקיקה כזו תעצור התפתחויות טכנולוגיות, שאמנם משמשות כחלקן להפרות, אך גם לשימושים ראויים. כבר היום ניתן לראות כי אף שחברות המוזיקה והתקליטים פועלות נגד טכנולוגיות מפרות, הן מוצאות ערוצי הפצה דווקא בתכנות שיתוף הקבצים עצמן. כלומר, לא ראוי להסדיר בחקיקה פיתוחים טכנולוגיים שיש להם שימושים כדין, בעיקר משאין זה ישים ממילא.

2. הסדרה בין־לאומית

חלופה נוספת המוצעת להסדרת הפעילות באינטרנט בחקיקה מדינתית היא הסדרה בין־לאומית של פעילות זו, לאור גלובליות הרשת. ההסדרה הבין־לאומית המוצעת היא בשני מישורים: הראשון, באמנות בין־לאומיות והשני באמצעות הסדרה של כללי הסמכות בעזרת כללי המשפט הבין־לאומי הפרטי.

אשר למישור של הסדרה באמצעות אמנות, כאמור לעיל, יקשה להגיע להסכמה על מדיניות אחידה בשאלות שונות; נוסף לכך, אם יהיו מדינות ספורות שלא יצטרפו לאמנה מסוימת, ניתן יהיה לפעול מאותן מדינות ויכולת האכיפה במסגרת המשפט הבין־לאומי תהיה מצומצמת.

בחלק זה ברצוני לבחון את הפתרון הנוסף המוצע, של הסדרת הפעילות באינטרנט באמצעות חקיקה מדינתית בתוך שינוי כללי המשפט הבין־לאומי הפרטי. לדעתי, גם פתרון כזה הוא בלתי ישים מבחינת יכולת האכיפה. ראשית, פתרון כזה אינו ישים בפן הפלילי, פן שהוא מרכזי לעניין יכולת האכיפה. שנית, נראה כי גם בתחום זה יהיה קושי להגיע להסכמה. מבחניו של המשפט הבין־לאומי הפרטי התמקדו עד היום בזיקות למקום פיזי מסוים – המקום שבו התרחש הנזק או התבצעה העסקה, מרכז החיים של המעורבים וכדומה. לעומת זאת, באינטרנט מתבצעות עסקאות ועוללות במקום וירטואלי. לאיזה בית משפט נכון שתהיה סמכות לדון בעוולה שבוצעה ברשת? בית המשפט שבתחום סמכותו נמצא השרת? בעל האתר? המפעיל? מהו הפורום הנאות לדון בעניין?⁷⁹ השאלה היא מה

79 ראו: Alexander Gigante, *Ice Patch on the Information Superhighway*, 14 CARDOZO 79 (1996); Arts & Ent. L.J. 523; ג'יגנטה מציע כי הסמכות תיקבע על פי מיקום האתר המשרד, בדומה לאמנה בעניין שידורי לוויין. אולם בניגוד לשידורי לוויין, במקרה של אינטרנט קל מאד "לשרד" משרת הנמצא במדינה אחרת מזו שבה נמצא מעביר המידע ומזו שאליה

הדין, מה ראוי ומה מעשי. אם מבחן הסמכות הוא מקומו של השרת, האם העברת האתר לשרת במדינה אחרת תשנה את מקור הסמכות? נניח שיינתן צו לחשוף את פרטי בעל האתר; האם יש מקום לאכוף את הצו אם בעל האתר יסגור את האתר ביזמתו ויעביר אותו למדינה אחרת? מהו הדין אם עקב שימוש בטכנולוגיות שונות (כגון "הזרמה" – streaming), התכנים המפריים לכאורה אינם נמצאים פיזית על האתר "המשרד"?⁸⁰ גלובליות הרשת מאפשרת למי שמעוניין בכך לבחור לבסס את הפעילות המעוולת או העבריינית על שרתים במדינות שבהן המצב המשפטי מקל עמו, היינו מדינות שבהן ההתערבות בחופש הביטוי מעטה או מדינות שאינן אוכפות את דיני הקניין הרוחני.⁸¹ על כן, גם אם ניתן להתגבר על כל הקשיים הניכרים באמצעי ההסדרה החלופי של חקיקה מדינתית בתוך שינוי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, עדיין יקשה להגיע להסדר משפטי שיאפשר אכיפה יעילה.

3. הסדרה עצמית

הפתרון המרכזי שמסתמן כפתרון המסוגל להסדיר במידה מסוימת את הפעילות ברשת הוא הסדרה עצמית לצד חקיקה שתתמוך בהסדרה עצמית כזו ותסייע לה. ניתן להצביע על מגמה של הסדרה פנימית של נושאים שונים ברשת הן בנוגע למסחר הן בנוגע לעוולות, ובין השאר בעניין לשון הרע, הגנת הפרטיות ובמידה מסוימת אף בעניין זכויות יוצרים. מגמה זו נובעת מכמה גורמים. גורם ראשון הוא קשיי האכיפה של ההסדרים המשפטיים המדינתיים בנוגע לרשת, קשיים שעליהם עמדתי לעיל. הגורם השני הוא חששם של המחוקקים עצמם, בעיקר במדינות דמוקרטיות, לפגוע בגולשים תמימים וביתרונות האנונימיות ברשת. גורם שלישי הוא הכרתם של ה"שחקנים" השותפים ברשת בכך שאין לאפשר שימוש קיצוני לרעה ברשת. גורם רביעי הוא חששם של המעורבים ברשת כי העדר הסדרה עצמית יוביל לאכיפה מדינתית, אכיפה שבסופו של יום, להערכתם, תפגע ברשת וביתרונותיה הרבים.⁸²

מכוון המידע להגיע. ראו עוד: WHICH COURT DECIDES, לעיל ה"ש 8, בעמ' 28. מאמר של ג'ינגטה פורסם בשנת 1996, והספר פורסם בשנת 1998; הספרות משנים אלו היא הגל הראשון המתייחס לחקיקה בהקשר של האינטרנט, שהיה אז בתחילת דרכו. ככל שחולף הזמן, משתכללת הטכנולוגיה ויותר יותר אנשים מצטרפים לרשת – קשה יותר ליישם הצעות מסוג זה.

80 ראו את עניין פלוני, לעיל ה"ש 61; בעניין זה ניתחתי את טכנולוגיית ההזרמה בכל הנוגע לחוק זכויות יוצרים, במקרה שבו נעשתה שימוש בטכנולוגיה של הזרמה כדי להעביר לגולשים משחקי כדורגל של ה-Premier League האנגלית. הליך זה מצוי בערעור לפני בית המשפט העליון, אם כי לאור הלכות מור וברוקרטוב, ספק אם השאלות יידונו לגופו של עניין.

81 Michael J. Mellis, *Internet Piracy of Live Sports Telecasts*, 18 MARQ. SPORTS L. REV. 259 (2008). מליס מציין כי אתר פירטי מסוים לשידורי ספורט, Piratebay.org peer-to-peer site, העביר את פעילותו משוודיה להולנד בעקבות פעילות של המשטרה השוודית.

82 על הסדרה עצמית ברשת ראו בהרחבה כאן: Henry H. Perritt, Jr., *Cyberspace Self-Government: Town Hall Democracy or Rediscovered Royalism*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 413 (1997). פריט דן בגורמים רבים הקשורים בהסדרה עצמית, לרבות בשאלות החזויות

בעשור האחרון אנו עדים לניסיונות הנעשים ברחבי העולם לגיבוש כללי אתיקה ברשת, "NEThics" ("נטיקה" – אתיקת האינטרנט).⁸³ חלק מההסדרה העצמית נובע משיקולים כלכליים. כך, למשל בעניין *Yahoo!*, סמוך למתן פסק הדין בצרפת הפסיקה החברה את מכירת הפריטים הנאציים באתרה, אף שנאבקה בסמכות לאכוף את פסק הדין הצרפתי. החברה הבהירה כי עשתה זאת משיקוליה שלה. סביר להניח כי "יאהו!", כחברה שמטרתה השאת רווחים, סברה כי מרגע שהעניין פורסם בשל פסק הדין, מכירה של פריטים נאציים תרתיע אחרים משימוש באתרה, ועל כן הפסיקה פעילות זו.⁸⁴ למעשה, "יאהו!" שינתה את מדיניותה משום שפסק הדין בצרפת זרה אור על מדיניותה וגרם לפרסומה. תוצאה דומה עשויה הייתה להיות מושגת אם הדברים היו מתפרסמים בכלי התקשורת גם ללא פסק דין. נוסף לכך, במקרה של "יאהו!" לא הייתה כל בעיה באיתור ה"עבריינית", ומכחינה זו לא מדובר במקרה מייצג. לכן, ניתן לומר כי גם בהעדר אפשרות לאכיפה בפועל, חקיקה בעניינים מסוימים תגרום להסדרה עצמית ברשת ותוביל בעקיפין לתוצאה הרצויה שעמדה ביסוד החקיקה.

לטעמי, על המדינות לאמץ גישה של הסדרה עצמית ברשת; על המחוקקים להכיר בטבעה הייחודי של הרשת ובכך שתחרות ערה ובחירה של הגולשים באילו אתרים להשתמש ישמשו כאיזונים וכבלמים גם לעוולות ברשת.⁸⁵

1. חקיקה המסדירה את ההסדרה עצמית

לכאורה יש בכותרת חלק זה משום סתירה פנימית. אולם לא כך הם פני הדברים. מובן שאפשר לא לחוקק כלל ולהותיר לרשת את האפשרות להסדרה עצמית מוחלטת ללא כל התערבות חקיקתית, בשל הקשיים שעליהם עמדתי קודם. אולם ניתן לאמץ חקיקה המאפשרת להסדרה עצמית לפעול ביעילות: חקיקה המסדירה את אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט המאמצים כללי התנהגות מסוימים, המחייבת ספקי אינטרנט לשמור מידע והמסדירה את האפשרויות העומדות לרשות הגולשים בעת פנייה לספקי אינטרנט. לטעמי, ניתן לאמץ חקיקה כזו. חקיקה כזו היא ישימה, כיוון שמדובר בספקי אינטרנט מקומיים; עם זאת היא אינה מתערבת בתכנים עצמם ועל כן אינה מעוררת חשש לסכנות שעליהן עמדתי לעיל. אמנם, יש הטוענים כי הסדרה עצמית עלולה להוביל (משיקולים

הנוגעות לעניין, שגם עליהן יש לתת את הדעת. עוד ראו: Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 HARV. J.L. & TECH. 253 (2006).

83 כך, למשל, הוקם בשנת 1996 באוניברסיטת מרילנד בארצות הברית פרויקט שבמסגרתו גובשו עקרונות להבטחת חופש הביטוי של הגולשים, בתוך הדגשת החובה לנהוג באחריות ובהתחשבות בעת הגלישה ולהימנע מפגיעה בזכויות גולשים אחרים. ראו לקסיקון לתקשורת, לעיל ה"ש 19. עוד ראו: VIRGINIA SHEA, NETIQUETTE 32–45 (1994).

84 ראו: KOHL, לעיל ה"ש 20, בעמ' 206.

85 Ira C. Magaziner, *The Framework for Global Electronic Commerce: A Policy Perspective*, 51 J. INT'L AFFAIRS, (1998).

מסחריים או פוליטיים) לצנזורה עצמית ולפגיעה בחופש הביטוי,⁸⁶ וכן לצמצום נחלת הכלל,⁸⁷ אולם, סכנה זו קיימת גם ללא חקיקה, והחקיקה אינה משפיעה לעניין זה.

1. שמירת המידע

כדי שניתן יהיה לאתר מקור של מידע לצרכים השונים שעליהם עמדת, יש להסדיר בראש ובראשונה כללים לשמירת מידע דיגיטלי, אחרת לעולם לא ניתן יהיה לאתר עבריינים או מעוולים. אחד החששות הוא שחשיפת יתר של מידע תגרום לכך שבעתיד לא ניתן יהיה לאתר גולשים גם במקרים שבהם יתעורר צורך כזה (למשל לצורך חקירת משטרה). לשם כך, נקבעו בעניין זה הוראות בדירקטיבה של האיחוד האירופי שעניינה מסחר אלקטרוני.⁸⁸ בדירקטיבה נקבע כי כיוון שככלל מדובר במידע פרטי, יש להסדיר את סוגי המידע שיש לשמור, את משך התקופה של שמירת המידע וכן את מתן הגישה לאותו מידע – זהותו של מקבל הגישה והתנאים לקבל גישה.

2. אחריות ספקי שירות

חקיקה המסדירה את אחריותם של ספקי שירות, ולמעשה פוטרת את ספקי השירות מהצורך לפקח על התכנים ועל המידע העוברים דרכם או באמצעותם, מאפשרת הסדרה עצמית.⁸⁹ אכן, אחת המגמות שאנו מוצאים בחקיקה נוגעת להסדרת אחריותם של ספקי השירות, לא במובן של אחריות לתכנים אלא במובן של הסדרת האתרים.⁹⁰ כך, למשל, קובע הדין האירופי כי ספק תשתית שקיבל פנייה בדבר חומר מפר, יפעל להסרתו בהתקיים תנאים

86 ראו ברזילי-נהון וברזילי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 501, וכן: Elkin-Koren, לעיל ה"ש 22, בעמ' 33. יש להזכיר כי גם בהקשר זה קיימות סכנות: הפרטת שיקול העת בנושאים בעלי חשיבות ציבורית; שמירה על זכויות ה"ההמון" (שיש לו כוח שוק) בהעדר ערובות לזכויות הפרט.

87 ניבה אלקין-קורן כותבת כך:

מתן תוקף להסדרה פרטית [...] מפקיד את הכוח לעצב את כללי השימוש ביצירות בידיים פרטיות [...] הפרטת מדיניות המידע, בחסות החוק, לא רק מפריטה את הסמכות לקבוע מה הן נורמות השימוש במידע אלא עלולה להפריט גם את המידע עצמו במובן זה שתוכן שהיה עד כה בגדר נחלת הכלל, ימצא מעתה בשליטה פרטית [...] "לא נותנים לחתול לשמור על השמנת" – הניסיון מלמד שבעלי הזכויות פועלים להרחבת זכויותיהם תוך כרסום בנחלת הכלל.

ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" *עלי משפט* ב 319, 341 (2002).

88 ראו: Council Directive 2000/31, 2000 O.J. (L 178) 1 (EC). תקנות מכוח הדירקטיבה הותקנו בבריטניה: (Data Retention (EC Directive) Regulations, 2007, S.I. 2199 (U.K.).

89 למודלים שונים של הטלת אחריות על ספקי שירות או הסרתה מהם, ראו: Hamdani, לעיל ה"ש 71, בעמ' 901-956.

90 אונסק"ו תומכת בחינוך, בהסדרה עצמית ובשימוש באמצעים טכנולוגיים כדי להתגבר על ניצול לרעה של הרשת. ראו: Teresa Fuentes-Camacho, *Introduction: UNESCO and the Law of Cyberspace*, in THE INTERNATIONAL DIMENSION OF CYBERSPACE LAW 1, 6 (Teresa Fuentes-Camacho ed., 2000).

מסוימים.⁹¹ ראוי לציין, כי לאור החובה המוטלת על ספקי האינטרנט לחבר לרשת כל מי שמעוניין בכך (ניטרליות הרשת), סיווגם של ספקי אינטרנט כמקשרים וכספקי תשתית הפחית את מעמדם כדוברים המפעילים שיקול דעת עריכתי.⁹²

דווקא במדינות שבהן המחוקק או בתי המשפט הסירו את האחריות מספקי השירות וממנהלי האתרים בחקיקה, פעלו אלה לשמור על "ניקיון" הרשת.⁹³ ולהיפך – כל עוד חויבו ספקי אינטרנט מכוח החקיקה והפסיקה לפקח או לערוך את התכנים שעברו דרכם, היה עליהם להוכיח כי הם לא ידעו ולא היה עליהם לדעת כי מדובר בחומר מפר; בשל כך הם עשו כל מאמץ טכנולוגי כדי להראות שאין להם יכולת לפקח על החומר שעובר דרכם, שאחרת היו חבים בניזקין. דווקא בכך שהמחוקק התערב והסיר מהם את האחריות הוא אפשר להם לפקח על התכנים, והם אכן עושים זאת.

כך, למשל, בשני פסקי דין שניתנו בארצות הברית בשנות התשעים של המאה העשרים, נדונה שאלת אחריות ספקי השירות או אתרי האירוח לתכנים שהעלו משתמשים. בפסק הדין בעניין *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*,⁹⁴ משנת 1991, נדונה שאלת האחריות של מכתב מכפיש שהועלה למאגר המידע של הנתבעת. גם בפסק הדין השני, בעניין *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services*,⁹⁵ משנת 1995, נדון מכתב שהכפיש את אחד הבנקים להשקעות, ושפורסם על על "לוח מודעות" של הנתבעת בעניין חדשות הכלכלה. בשני המקרים הבחינו בתי המשפט בין העורכים, הבוחנים את הפרסומים באופן אקטיבי, לבין המפיצים, שהם פסיביים מבחינת התכנים. בעניין *CompuServe* קבע בית המשפט כי מבחינה עובדתית החומר שהועלה לפרסומים של החברה לא נבחן קודם לכן. לעומת זאת, בעניין *Prodigy* הציגה הנתבעת את עצמה כמיזם ידידותי למשפחה וקיבלה על עצמה לסנן תכנים שנויים במחלוקת. על כן, אף שבתי המשפט הסכימו על העיקרון, במקרה הראשון לא הוטלה אחריות על החברה, ואילו במקרה השני הוחזק האתר כאחראי לעריכת התכנים והוטלה עליו אחריות.

91 ראו: Council Directive 2000/31, לעיל ה"ש 88. הדירקטיבה עוסקת בהעברת מידע; בסעיף 40 למבוא מובהר כי אין להטיל על ספקי השירות אחריות לתכנים, וסעיף 15 קובע הסדר בעניין הסרת מידע המוגדר "מפר" על פי הדירקטיבה.

92 ראו גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" בתוך שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 299, 313 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

93 למאמר מקיף העוסק בהסדרה עצמית, ראו: Zittain, לעיל ה"ש 82. המחבר מציין שם כך:

The ability to regulate lightly while still curtailing the worst online harms that might arise has sprung from the presence of gatekeepers. These are intermediaries of various kinds — generally those who carry, host, or index others' content — whose natural business models and corresponding technology architectures have permitted regulators to conscript them to eliminate access to objectionable material or to identify wrongdoers in many instances.

94 *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991)

95 *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services*, No. 31063/94, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995)

מאוחר יותר הוסדר העניין בחקיקה – ל־Communications Decency Act הוסף סעיף 230, הקובע חסינות לספקים של שירותי אינטרנט.⁹⁶ לפי סעיף זה אין לראות בספקי האינטרנט דוברים או מפרסמים של מידע שהפיץ ספק תוכן אחר. לכן, ספקי האינטרנט אינם אחראים לנוק שנגרם עקב תוכן זה. נוסף לכך, נקבע בסעיף זה כי אין להטיל על ספקי התוכן אחריות אם הגבילו בצורה כלשהי פרסום מזיק. בשורה של פסקי דין קבעו בתי המשפט האמריקניים כי מטרת הסעיף היא לעודד את ספקי השירות לנקוט אמצעים של הסדרה עצמית של חומר פוגע המופץ באמצעות השירות אותו הם מספקים.

היקף תחולתה של ההגנה הקבועה בסעיף 230 על מפיצים באינטרנט נדון בעניין *Zeran v. America On-Line, Inc.*⁹⁷ בפסק דין שנתן בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז הרביעי. באותו מקרה פורסמו באתר הנתבעת, בשמו של התובע זראן וללא ידיעתו או רשותו, הודעות המשבחות את הפיגוע בבניין הפדרלי באוקלהומה בצירוף מספר הטלפון בביתו של התובע. בעקבות פרסומן של הודעות אלו הוטרו זראן ואוים על ידי זרים. פניותיו לנתבעת בבקשה להסיר את הפרסומים מהאתר לא נענו. זראן הגיש תביעה בגין רשלנות; לטענתו, ספקית האינטרנט אחראית לפרסומים המזיקים, לכל הפחות מרגע שהודיע לה על כך וביקש כי התכנים יוסרו. בית המשפט קבע כי חסינותם של ספקי השירות מפני אחריות לפרסום תכנים מזיקים אינה מוגבלת רק למוציאים לאור, אלא גם למפיצים. בית המשפט הבהיר כי אם תוטל אחריות על ספקי השירות המפיצים, פירוש הדבר כי הם יוחזקו כמי שפרסמו בעצמם את הפרסומים הפוגעים, אף שבפועל פרסם אותם צד ג'. בכך ייפגע האינטרס של ספקי האינטרנט לבחון ולערוך את הפרסומים בעצמם, ולמנוע הפצת חומר מזיק באתרים.

מאוחר יותר הורחבה חסינותם של ספקי התקשורת אף יותר מן הקביעות בעניין *Zeran*, בפסק הדין בעניין *Blumenthal v. Drudge and America On-Line, Inc.*⁹⁸ בני הזוג בלומנטל, שבאותו זמן היו עובדים בכירים בבית הלבן, תבעו את הנתבעת בגין כתבה שפרסם כתב שהועסק על ידה בחוזה. כתבה זו פורסמה באתר האינטרנט מבלי שנבדקה על ידי הנתבעת. בית המשפט חזר על ההלכה בעניין *Zeran* ואף הרחיבה. נקבע כי החסינות המוקנית לספק השירות בסעיף 230 חלה גם כאשר לספק תפקיד פעיל בהפצת המידע. ספק האינטרנט אינו אחראי בגין פרסום מזיק גם כאשר הצנזורה העצמית לא צלחה (או

96 בסעיף 230 הכיר המחוקק בחשיבות השיח הציבורי באינטרנט לדמוקרטיה ולפוליטיקה, להתפתחות תרבותית ולפעילות אינטלקטואלית. בסעיף מוגדרת מדיניות הממשל הפדרלי בנושא זה, ולפיה הממשל האמריקני מעודד את התפתחות האינטרנט בתוך שימור השוק החופשי ובתוך התערבות מינימלית בחקיקה: Telecommunications Act of 1996 (Communications Decency Act), Pub. L. No. 104, 110 Stat. 56, 133–143 (codified at 47 U.S.C. § 230 (2000)). לניתוח הפסיקה והחקיקה ראו: Zittrain, לעיל ה"ש 82, בעמ' 258. בגרמניה נחקק באוגוסט 1997 חוק העוסק באחריות ספקי שירות: Information-und .Kommunikationsdienste – Gesetz (Information and communication service act) הפרק הראשון של החוק נועד להבטיח שספקי שירות אשר כל פעולתם היא לספק גישה לאינטרנט לא יישאו באחריות לתוכן המידע (סעיף 5 לחוק).

97 *Zeran v. America On-Line, Inc.* 129 F. 3d 327, 331 (4th Cir.1997)

98 *Blumenthal v. Drudge and America Online Inc.* 992 F.Supp. 44, 49 (1999)

לא הופעלה כלל, כפי שאירע באותו עניין). בפסיקה מתחילת המאה העשרים ואחת הביעו בתי המשפט ביקורת על כלל זה ואף הסתייגות ממנו, אולם כלל החסינות הרחבה הוא עדיין הכלל התקף.⁹⁹

באירופה, הדין הנוגע לאחריותם של ספקי שירות אינטרנט מוסדר באמצעות הדירקטיבה בעניין מסחר אלקטרוני.¹⁰⁰ לפי הדירקטיבה, ספק השירות לא יהיה אחראי בגין פרסום תכנים מזיקים בהתקיים תנאים מסוימים. ככלל, מדובר במקרים שבהם ספק האינטרנט היה פסיבי ולא נטל חלק בפרסום או בהפצתו באופן פעיל. הדירקטיבה מבחינה בין אחריותם של הספקים השונים. ספק המעביר מידע, לרבות אחסון זמני ואוטומטי של המידע לתקופה שאינה עולה על הדרוש לשם ההעברה (Mere Conduit), לא יישא באחריות אם לא יזם את ההעברה, לא בחר את מקבלי המידע או את המידע עצמו ולא שינה אותו (סעיף 12); ספק של אחסון זמני (Caching), הכולל אחסון אוטומטי של המידע המועבר לבקשת מקבלי השירות כדי לייעל את העברת המידע, לא יישא באחריות אם לא שינה את המידע ואם פעל בזריזות להסיר או למנוע גישה למידע שאוחסן (סעיף 13); ספק של אירוח (Hosting), הכולל אחסון של המידע לבקשת מקבל השירות, נדרש להוכיח כי לא ידע שהפעולה אינה חוקית או שהמידע אינו חוקי כדי שלא תוטל עליו אחריות (סעיף 14).

בישראל ניתנו בבתי משפט השלום שני פסקי דין בנושא זה: סודרי נ' שטלריד¹⁰¹ ובורוכוב נ' פורן.¹⁰² בפסקי הדין נקבע כי באופן עקרוני, אין להטיל אחריות על ספקי שירות או על מפעילי אתרים שאין להם שליטה על התכנים שמעלים הגולשים.¹⁰³ בבית משפט לתביעות קטנות ניתן פסק דין שהטיל על אתר שידוכים ברשת אחריות למודעה שהעלה גולש לאתר בשמו של גולש אחר, מודעה שהכפישה את האדם שבשמו פורסמה. על גובה הפיצוי שנפסק הוגש ערעור; בית המשפט העליון, שדן בערעור, לא הן אמנם בשאלת האחריות אך הגדיל את הפיצוי. מפסק דינו של השופט רובינשטיין ניתן ללמוד כי הוא סבר שאכן היה מקום להכיר באחריות האתר, כיוון שניתן היה לפקח על תכני המודעות.¹⁰⁴

99 ראו למשל דעת המיעוט בעניין: Doe v. America Online, Inc., 783 So.2d 1010 (Fla. 2001). ראו עוד: Batzel v. Smith, 333 F.3d 1081 (9th Cir. 2003); Fair Housing Council v. Roommates.com, L.L.C., 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

100 עניין *Prodigy*, לעיל ה"ש 95.

101 ת"א (שלום ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטלריד (פורסם ב"נבו", 1.8.2005).

102 ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 בורוכוב נ' פורן (פורסם ב"נבו", 14.7.2002).

103 החלטה נוספת בהקשר זה ניתנה בת"א (שלום ת"א) 47813/06 וואלה! תקשורת בע"מ נ' חסיד (פורסם ב"נבו", 7.1.2007) שם נדונה שאלת אחריותו של ספק שירותי אירוח לפרסום בפורום של פסק דין בעניינו של קטין, חרף צו איסור פרסום של שם הקטין. לאחריותם של ספקי שירות ראו רחל אלקלעי "אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק" המשפט ו 151 (2001).

104 רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא (פורסם ב"נבו", 2.5.2010).

הצעת חוק מסחר אלקטרוני¹⁰⁵ צעדה גם היא בדרך זו בעניין אחריות ספקי אינטרנט. בסעיפים 8-13 להצעה נקבע כי ספקים של שירותי אינטרנט לא יישאו באחריות למידע שהעלה אדם אחר אם לא שינו את המידע ואם עמדו בכללים המקובלים לעדכון המידע והסירו את המידע על פי התנאים בהצעת החוק. על פי דברי ההסבר, הלכה הצעת החוק בעקבות ההסדרים בארצות הברית ובאירופה.¹⁰⁶ ההצעה נדונה בכנסת ה-17, אולם לא הבשילה והוסרה מסדר יומה של הכנסת. אני סבורה כי יש לקדם חקיקה בכיוון זה.

3. הסרת תכנים פוגעים ומסירת מקורות מידע על ידי ספקי השירות

הסדרה עצמית מחייבת קביעה בחקיקה של הליכי הודעה על תכנים פוגעים והסרתם, "הליכי הודעה והסרה" (notice and takedown). אמנם, ניתן לטעון כי גם אם מידע יוסר מאתר אחד ניתן יהיה להעלותו לאתר אחר, אולם לעתים חשוב למפרסם המידע לפרסם אותו דווקא באתר או באתרים רלוונטיים מסוימים. על כן, יש להסדיר בחקיקה הליך של פנייה לספק שירותי אינטרנט, הליך של הודעה והסרה והליכי התנגדות להסרה ברשת ובבית המשפט, וכן לקבוע באילו מקרים ועל פי אילו פרמטרים יחשוף בית המשפט פרטים של מי שפעל ברשת, אם ניתן לאתר.

כך למשל ניתן לקבוע הליך של פנייה לספק שירותי האינטרנט, הסרה מיידית של החומר המעוול לכאורה ומתן הודעה למי שהעלה את המידע לרשת. אם מי שהעלה את המידע לרשת לא הסתיר את זהותו, הוא יקבל את ההודעה ויוכל להודיע לספק שירותי האינטרנט כי הוא עומד מאחורי המידע ומעוניין כי המידע יישאר ברשת. במקרה כזה, ורק במקרה כזה, יוכל מי שטוען כי מדובר בחומר מעוול לפנות לבית המשפט, ואז תועבר למי שהעלה את אותו חומר הודעה כי הנושא נדון בבית המשפט. מאותו רגע יעבור הדיון מהרשת לאולם בית המשפט. אם, לעומת זאת, מדובר בכתובת שאליה לא ניתן להעביר הודעה ("קפה אינטרנט", מרחב עירוני ממוחשב וכדומה), ההנחה היא כי מי שהעלה את המידע התכוון להסתיר את זהותו והוא אינו מוכן לעמוד מאחורי אותו מידע; או אז יוסר המידע ולא יוחזר, אלא אם תגיע פנייה מאוחרת בעניין הסרתו ממי שהעלה את אותו מידע לאינטרנט. הסדר ברוח זו הופיע בסעיף 10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני משנת 2008, שכאמור, הוסרה מסדר יומה של הכנסת.

105 הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, ה"ח 356, 322.

106 בדברי ההסבר להצעת החוק, שם, בעמ' 325, נאמר כך:

פרק זה, עוסק בסוגיה כבדת משקל והיא האחריות של ספק שירותי אינטרנט במשפט האזרחי, למידע שהופץ ברשת האינטרנט בידי צד שלישי. סוגיה זו מורכבת [...] בשל ייחודה של רשת האינטרנט כאמצעי תקשורת חדשני הפתוח לכל, על היתרונות והחסרונות הנובעים מכך [...] ההסדר המוצע בפרק זה הול בעיקרו אחר הגישה המקובלת במשפט האמריקני בתחום זכויות היוצרים ובמשפט האיחוד האירופי בתחום המשפט האזרחי כולו. לפי גישה זאת, ספק שירותי אינטרנט אשר עמד בתנאים הקבועים בחוק לגבי שירות האינטרנט אותו סיפק [...] יהא פטור מאחריות אזרחית בשל מתן השירות.

לצורך כך, יש לקבוע בחקיקה חובה לפנות לספק השירות ולבקש שיערוך בדיקה ראשונית לאיתור פרטיו של גולש, להבדיל ממרחב עירוני ממוחשב, "קפה אינטרנט" או מוסד. אין כל מקום לנהל בבית המשפט הליכים בשאלות העקרוניות הנוגעות לביצוע עוולות ועבירות ברשת, אם בסופו של יום יסתבר שכתובת ה-IP מובילה לרשת בתי קפה או למרחב עירוני שבו מופעלת רשת אלחוטית. אם ניתן לאתר פרטים של גולש באמצעות ספק השירות, אזי יש לאפשר לבעל המידע להתגונן ולטעון כי לא ביצע עוולה ועל כן אין למסור את פרטיו.¹⁰⁷ רק במקרה זה יתנהלו ההליכים בבית המשפט.

בחקיקה כאמור ניתן לקבוע כי אם אדם מעוניין להגיש תביעה בגין פעילות באינטרנט, עליו להגיש את התביעה לבית המשפט ולציין את זהות ספק השירות הרלוונטי. מזכירות בית המשפט תעביר הודעה לספק השירות. ספק השירות יודיע לבית המשפט אם ניתן לאתר את זהות מוסר המידע אם לאו. אם ספק השירות יודיע כי לא אותרה זהות מוסר המידע (כתובת ה-IP אינה מאפשרת לאתר את מקור המידע או הפעילות, ומובילה לרשת אלחוטית עירונית, מקור מוצפן וכדומה, או במקרה שהמידע לא נשמר) יראו בכך תביעה שלא נמסרה והתביעה תימחק. בהקשר זה ראוי לחזור ולהפנות לעניין פלח, שבו על אף הודעה שנמסרה ושלפיה לא ניתן היה לאתר את כתובת ה-IP של המשיבה, ניתן פסק דין המורה לספקית השירות לעשות כן.

לעומת זאת, אם ספק האינטרנט ישיב בידיו לכאורה אמצעי לזיהוי הגולש האנונימי – אזי יהיה עליו לשלוח הודעה לכתובת של אותו גולש. אם הגולש יגיב ויבקש להתגונן מפני הטענות נגדו, הוא יוכל לעשות כן בשמו או באמצעות בא כוח. אם לא יגיב, יודיע ספק האינטרנט על על כך לבית המשפט, ואז יהיה התובע מחויב לפנות לבית המשפט.

כיום, לאחר פסקי דינו של בית המשפט העליון בפרשות מור וברוקרטוב,¹⁰⁸ לא ניתן עוד לפנות לבית המשפט בבקשה לחשוף שמות גולשים, גם אם אלו ביצעו לכאורה עוולה חמורה. עד לפסקי דין אלה ניהלו בתי המשפט הליכים לחשיפת שמות גולשים, והמחלוקת נסבה סביב השאלה באילו תנאים יש להורות על חשיפתם.¹⁰⁹ בעניין מור קבע השופט

107 בעל המידע יכול להתגונן תוך חשיפת זהותו או באופן אנונימי (באמצעות בא כוח). גם בעניין זה קיימים חילוקי דעות, אך קצרה היריעה מלפרטם.

108 עניין מור ועניין ברוקרטוב, לעיל ה"ש 46.

109 לעניין זה התפתחו בפסיקה שלוש גישות. לפי הגישה הראשונה, שבה מחזיקה מחברת פרק זה, יש לחשוף זהות הגולשים (או את כתובת ה-IP שלהם) רק אם הפרסום מקים אחריות פלילית: ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (פורסם ב"נבו", 1.11.2007); ב"ש"א (שלום י"ם) 4995/05 פלונית נ' בוק בינלאומי בע"מ (פורסם ב"נבו", 28.2.2006). גישה שנייה, המקלה עם המבקש, נקט השופט יצחק עמית בעניין מור בבית המשפט המחוזי (פסק הדין נשוא הערעור), לעיל ה"ש 46. לפי גישה זו, אין מניעה כי בתי המשפט יתערבו אם האנונימיות ברשת נוצלה לרעה – לשימוש שיש בו משום עוולה או עבירה. כדי למנוע "אפקט מצנן" בבחינת הרתעת יתר, סבור השופט עמית כי נדרש "דבר מה נוסף", והוא הציע כמה מבחנים גמישים לכך, שאינם מצרים ואינם מתיימרים להיות רשימה סגורה. גישה מקלה עוד יותר עם המבקשים את חשיפת הזהות נקטה השופטת דרורה פלפל בעניין מזמור – ה"פ (מחוזי ת"א) 1244/07 מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין

ריבלין כי עד אשר יוסדר העניין בחקיקה, אין מקום לנהל הליכים מסוג זה בבתי המשפט. עניין מור עסק בעוולה של לשון הרע. בעניין ברוקרטוב, שעסק בעוולה מתחום הקניין הרוחני, חזר בית המשפט העליון על הלכה זו. בית המשפט העליון סבור היה כי אין זה ראוי שבתי המשפט יגבשו הליך שראוי כי יקבע בחקיקה, בדרך של פסיקה ממקרה למקרה.

ז. סיכום

ההתלבטות בין הרצון לאכוף נורמות חברתיות גם כאשר הפעילות מבוצעת ברשת, לבין החשש לפגיעה בהתפתחות הרשת על היתרונות שבה, היא התלבטות קשה. בהתלבטות זו יש להביא בחשבון גורם נוסף והוא קשיי האכיפה ברשת, הנובעים בראש ובראשונה מהפן הטכנולוגי אך גם מגלובליות הרשת. לשם ההמחשה, באיזון בין חשיפת שמות גולשים שפרסמו דברי לשון הרע לבין חופש הביטוי באינטרנט ניתן להגיע לפתרונות שונים, אך יש להביא בחשבון כי בכל פתרון תהיה פגיעה מסוימת בחופש הביטוי. לאור קשיי האכיפה נשאלת השאלה אם יש מקום לפגוע בחופש הביטוי, ולו באופן מזערי, במצב שבו גם אם ייחשפו כתובת ה-IP או האתר שממנו הופצו דברי הבלע, יהיה קשה ולעתים בלתי אפשרי לאתר את מפרסם הדברים עצמו.

לקשיי אכיפה אלו, הקיימים היום, מתווסף הקושי הקיים בכתיבה משפטית על טכנולוגיה. הטכנולוגיה משתנה במהירות, ובתחום זה שנה או שנתיים כמוהן לעתים כשנות דור. מאמרים שנכתבו בתחילת ימיה של הרשת כבר אינם רלוונטיים בחלקם לאור התפתחויות טכנולוגיות; פסקי דין (או פתרונות משפטיים שניתנו) אינם עומדים גם הם בתוקפם, ולעתים הפיתוח הטכנולוגי אף נועד לעקוף אותם. על כן, גם הפתרונות שהצעת במאמר זה הם פתרונות היפים לזמנם ולשעתם. בשלהי המאה התשע-עשרה, למשל, בעקבות מחקר אקדמי שנערך בבריטניה, צפו חוקרים כי בעיית העתיד בלונדון תהיה סילוק מן הרחובות של גללי הסוסים ששימשו את התחבורה בכרכרות. באותם הימים לא צפו החוקרים שהרכב הממונע יסלק את הסוסים מן הרחובות, וכי שוב לא תהיה בעיה של גללים.¹¹⁰

עם זאת, אני סבורה כי גם אם יחולו שינויים טכנולוגיים, וגם אם צודק לסיג בדבריו כי ניתן לשנות את הטכנולוגיה של הרשת עצמה, נראה כי יש חשיבות לבחון את השאלה שביסוד הדברים; היינו, אם קיים ערוץ תקשורת וביטוי שלו יתרונות עצומים – היש

בע"מ (אתר האינטרנט NRG) (פורסם ב"נבו", 20.3.2008). לשיטתה, די בראייה לכאורה לביצוע עוולה כדי לאשר התערבות משפטית וחשיפה של פרטי הגולש. בת"א (מחוזי חי') 914/07 כהן סקאלי נ' נטוויז'ן 013 ברק בע"מ (פורסם ב"נבו", 12.5.2009) ובת"א (מחוזי ת"א) 2433/07 עיריית אריאל נ' וואלה תקשורת בע"מ (פורסם ב"נבו", 18.1.2009), אימצו השופטים קיסרי וזמיר (בהתאמה) את גישתה של השופטת פלפל. גם השופט זאב המר אימץ גישה זו בעניין פלח, לעיל ה"ש 14. בעניין מור לא הכריעו שופטי הרוב (השופטים אליעזר ריבלין ואדמונד לוי) באיזו גישה יש לבחור, אף שהשופט ריבלין סקר את יתרונות הרשת ואת החששות הנלווים לחשיפת שמותיהם גולשים.

110 ראו: Edward Cornish, *The Futurist Forecasts 30 Years Later*, 31 THE FUTURIST 45 (1997).

להתערב בהתנהלותו, לאור חסרונות מסוימים הנלווים לערוץ זה? אני סבורה כי כעניין של מדיניות יש להמעיט בהתערבות ככל האפשר, בעיקר מפני שהתערבות כזו אינה יעילה במרבית המקרים.

לא ניתן לסיים חלק זה מבלי להביא את דבריו הידועים של John Perry Barlow (A Declaration of the Independence of the המקוון המרחב המרחב (A Declaration of the Independence of the Cyberspace) באמרו:

You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear... We will create a civilization of the Mind in Cyberspace. May it be more humane and fair than the world your governments have made before.¹¹¹

האם יהפוך האינטרנט ל"עיר מקלט"? אני סבורה שלא. מרבית הפעילות ברשת היא פעילות לגיטימית. הרשת פתחה עולמות ואופקים למיליארדים של אנשים. אמנם קיימת ברשת פעילות פלילית ומתבצעות בה עוולות. אשר לפעילות פלילית, יש לאפשר לרשויות החוק לחקור ולהגיע לעבריינים, בשים לב לקשיים שעליהם עמדתי. באשר לעוולות, ניתן להסדיר בחקיקה אפשרויות פנייה מסוימות לבתי המשפט לצורך איתור המעוולים, אולם ספק בעיניי אם הסדרה כזו תעמוד במבחן הפיתוח הטכנולוגי. טכנולוגיות המאפשרות אנונימיות מתפתחות בקצב מואץ. כאמור לעיל, מטרת הטכנולוגיות הללו היא בראש ובראשונה לשמור על פרטיות המשתמשים, מטרה שהיא לגיטימית ורצויה. כיוון שטכנולוגיות החיפוש והאיתור התפתחו גם הן, הגולשים חרדים לפרטיותם ועושים שימוש בטכנולוגיות המאפשרות אנונימיות גם כאשר פעולתם לגיטימית לחלוטין. אולם באותן טכנולוגיות עצמן ידאג להשתמש גם מי שכוונותיו הן כוונות זדון.

על כן, לסיכום, הצעתי היא לאפשר למחוקק התערבות מזערית ביותר בפעילות באינטרנט, התערבות שתאפשר למעשה הסדרה עצמית על ידי השחקנים בשוק. כוונתי לחקיקה שתסדיר הליך של הודעה והסרה, כך שגולש שבחר להישאר אנונימי לא יוכל לשמור על מידע שהעלה לרשת ומידע כזה יוסר לבקשת אדם שנפגע ממנו, ולצדה חקיקה שתסיר מספקי אינטרנט לסוגיהם אחריות לתכנים המופצים ברשת ותאפשר להם להפעיל שיקול דעת באשר לתכנים אלה.

כפי שציינתי, כאשר אדם מתכוון להרע, לעוול, הוא ישתמש בטכנולוגיות שכבר היום מאפשרות לו להישאר אנונימי; אולם סביר להניח שהתחרות ורצונם של מרבית הגולשים להימנע מפעילות בלתי לגיטימית תגבר. דברי הגות משכבר הימים לימדונו כי הטוב והרע מצויים בכל.¹¹² אני סבורה כי התועלות שבאינטרנט, ובעיקר התועלות החברתיות, יגברו.

John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html 111

112 בודהא אמר: "הטוב והרע תאומים בבטן העולם"; במסכת ברכות פט, מא הורונו: "חייב אדם לברך על הרעה כשם שהוא מברך על הטובה"; ג'ון מילטון: "הטוב והרע שאנו יודעים גדלים בשדה עולמנו אחוזים זה בזה ללא הפרד ביניהם"; פרידריך ניטשה: "כל שהוא טוב הוא גלגולו של רע".

ואסיים בדבריו של תומס ריד: "אחת האשליות הגדולות בעולם היא התקווה שניתן לרפא את הרעות שבעולמנו על ידי חקיקה". לאור התועלות שברשת, הניחו לה להיות חופשית מחקיקה.