

הערת מערכת: פיל בקופה של מחט: בחינה מחודשת של דיני תעמולת בחירות ברשת

מאת

יונדב סמט ועדו שלזינגר*

מבוא. א. תעמולת בחירות – תכליות, חקיקה, פסיקה וספרות. 1. תכלית דיני תעמולת בחירות. 2. חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959. 3. הפסיקה בנושא תעמולת הבחירות ברשת. 4. הפתרונות שהוצעו בספרות. ב. מעגלי הזיוף של תעמולת הבחירות באינטרנט. ג. המעגל השלישי – מניפולציה על האלגוריתמיקה. ד. החלפת הפרדיגמה הנדרשת. ה. קווים מנחים לפתרונות עתידיים. 1. מבחן-עזר ראשון: התמודדות מכוונת מדיום ולא תוכן. 2. מבחן-עזר שני: התמודדות אקס-אנטה ולא אקס-פוסט. 3. מבחן-עזר שלישי: התמודדות ללא תלות באופי המפיץ. 4. מבחן-עזר רביעי: התמודדות מדינה ולא רגולציה עצמית של הרשתות. ו. הצעות לפתרון. 1. הגבלת האנונימיות ברשת בתקופת הבחירות. 2. איסור על השימוש בדיפ-פייק. ז. סיכום.

מבוא

ההתפתחות הטכנולוגית בעשורים האחרונים שינתה לבלי הכר תחומים רבים בחיינו. השינויים הטכנולוגיים מזמנים לעולם המשפט שאלות רבות ומגוונות, עד כי לעתים הוא מתקשה 'לעמוד בקצב' של העולם הטכנולוגי, כדבריו של השופט רובינשטיין: "המשפט רודף אחר ההתקדמות הטכנולוגית והבעיות המשפטיות שהיא מציבה, רודף ואינו משיג".¹ אחד השינויים הטכנולוגיים הבולטים (אם לא הבולט שבהם) הדורשים את התאמתו של עולם המשפט, הוא עלייתו המטאורית של האינטרנט: בעשרים השנים האחרונות גדל מספר המשתמשים באינטרנט מ-412.8 מיליון ליותר מ-5 מיליארד – שינוי של 1152.13%². כיום אנחנו משוחחים עם חברינו באמצעות אפליקציות מסרים מידיים, מבצעים את הקניות שלנו ברשת, ומתעדכנים בנעשה בעולם באמצעות אתרי החדשות והרשתות החברתיות. בשנת 2019 העידו 76% מהישראלים כי הם צורכים חדשות באמצעות הרשתות החברתיות לפחות

* תלמידים לתואר בוגר במשפטים ובתוכנית "אמירים" במדעי הרוח, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר זכה בפרס על-שם חיה ואברהם גרטש למאמר סטודנטיאלי מצטיין לשנת תשפ"ב. אנו מודים לעורכים תאיר אטיאס והדס פירר-אש ולעורך המשנה חגי יעקבי שליוו את הכתיבה, וכן לחברי המערכת ולמעריך החיצוני על הערות שעזרו לנו מאוד.

¹ בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.11.2015) (להלן: עניין חשבים ה.פ.ס.).

² Max Roser, Hannah Ritchie & Esteban Ortiz-Ospina, *Internet, OUR WORLD IN DATA* (2015), <https://ourworldindata.org/internet>; *Internet Usage Statistics*, INTERNET .WORLD STATS (2021), <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>

פעם ביום, יותר מכל אמצעי תקשורת אחר.³ בכך הפך האינטרנט ל"כיכר העיר" החדשה, בה מתקיים רובו של השיח הציבורי והאקטואלי.

אחד הביטויים המרכזיים ביותר לתופעה זו הוא דרכי התעמולה במערכות הבחירות ברחבי העולם. בעבר, מערכות הבחירות התנהלו בעולם הממשי: בעצרות בחירות, בחוגי בית ועל גבי דפי העיתונים. עם עלייתה של הטלוויזיה היא נוספה למוקדי התעמולה הקלאסיים, והחלו לחדר בה תשדירי תעמולה ועימותים בין המתמודדים בבחירות. בארה"ב לדוגמה, עימות הבחירות הראשון התקיים בשנת 1960 ושודר בערוצי הטלוויזיה הלאומיים, ומאז עימותי הבחירות נחשבים שם לאחד מאירועי השיא של מערכת הבחירות, מעין הזדמנות לקרב ישיר על קולו של הבוחר. אולם, בשנים האחרונות עולם תעמולת הבחירות משנה את פניו. בעקבות עלייתו המטאורית של האינטרנט הפוליטיקאים התאימו את עצמם למציאות המשתנה והחלו להשתמש בדרכי תעמולה חדשות. הם משקיעים יותר ויותר משאבים בתעמולה באינטרנט וברשתות החברתיות על חשבון אמצעי התקשורת המסורתיים, ומכוונים את עיקר מאמצי התעמולה ל"כיכר עיר" חדשה זו.⁴ בכך, מוקד התעמולה המרכזי עבר מכנסי בחירות, מהעיתונות הכתובה ומשידורי הטלוויזיה אל האינטרנט והרשתות החברתיות.

יחסו של המשפט לעולם האינטרנט השתנה מאוד עם השנים. עם עלייתו של האינטרנט, רווחה גישה אופטימית, יש שיאמרו – נאיבית, שתלתה באינטרנט תקוות גדולות וראתה בו סביבה חדשה המסוגלת לשנות סדרי-עולם ולקדם חירויות יסוד, ובראשן חופש הביטוי. בניגוד לאמצעי התקשורת המסורתיים כגון הרדיו והטלוויזיה, שנתפסים כמשאב ציבורי (בשל תדרי השידור המוגבלים) ולפיכך מקובל להטיל עליהם רגולציה נוקשה, האינטרנט נתפס כמעוז חדש של חופש ביטוי מוחלט, סביבה מבוזרת שבה יכול כל אחד ליטול חלק פעיל בשיח הציבורי באופן שווה.⁵ המצדדים בגישה זו האמינו שהביזור שמאפיין את האינטרנט יוביל לפירוק מוקדי הכוח בשוק התקשורת – המוציאים לאור של העיתונים, עורכי מהדורות החדשות – ובמקומם כל אחד יכול להיות עיתונאי, כל גולש יכול לבטא את עמדותיו ולהגיע לתפוצה רחבה, ללא הגבלה ובלי צורך בהשקעת משאבים. רבים האמינו שעולם התוכן והתקשורת ברשת יהיה פתוח, עשיר ומגוון עשרות מונים מזה שבאמצעי התקשורת המסורתיים. אפשרויות הביטוי באינטרנט נתפסו כבלתי-מוגבלות, ולפיכך גם חופש הביטוי ברשת נתפס כמוחלט.

³ תהילה שוורץ אלטשולר **אמון הציבור בתקשורת וברשתות החברתיות בישראל** (2019) www.idi.org.il/media/13354/public-confidence-in-the-media-and-social-networks-in-israel.pdf.

⁴ יקי אדמקר "5 מיליון שקל לקופיט: כמה מוציאות המפלגות על תעמולה בפייסבוק?" **וואלה!** 24.2.2020 <https://elections.walla.co.il/item/3342586>; הכנסת, מרכז המחקר והמידע **ניתוח הוצאות המפלגות במערכות הבחירות האחרונות לכנסת ולרשויות המקומיות 7** (2019).

⁵ לגישה זו ראו: Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom* (New Haven, Yale University Press, 2006); ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים ב'כיכר השוק' הווירטואלית" **משפט וממשל** (2) 381, 381-382 (2003); אמל ג'בארין, "תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט בראי הגישה הכלכלית למשפט" **קריית המשפט** ז 233, 235-238 (תשס"ח).

כפועל יוצא של תפיסה זו קראו המחזיקים בה לאימוץ מדיניות שכונתה "Hands Off", לפיה אין למשטר כלל את האינטרנט באמצעות רגולציה, על מנת לא לפגוע באותו עולם חדש, אוטופי כמעט, של חופש ביטוי בלתי-מוגבל. גישה זו באה לידי ביטוי המזוקק ביותר ב"הצהרת העצמאות של מרחב הסייבר" שפרסם ג'ון בארלו, בה הוא קרא לממשלות להשאיר את הרשת חופשית, ושלל את זכותן של המדינות לאסדר את האינטרנט.⁶ הדגמה נוספת לגישה זו ניתן לראות במסמך הרשמי שפרסמו נשיא ארה"ב לשעבר ביל קלינטון וסגנו אל גור, המשקף את מדיניות ממשלם בנוגע לאסדרת האינטרנט.⁷ המסמך טוען כי על המגזר הפרטי להוביל את האינטרנט וקורא להתערבות ממשלתית מעטה, רק במקרים בהם אין ברירה. תפיסה זו של יחסי משפט ואינטרנט והטענה כי אין להטיל רגולציה על הרשת קנתה לה אחיזה בקרב מלומדים רבים,⁸ וראשית דרכו של האינטרנט אופיינה ברגולציה מעטה מאוד, אם בכלל.

עם השנים התברר כי התמונה מורכבת יותר. המשפט נאלץ להתמודד עם המציאות החדשה ולא היה יכול עוד למשוך את ידיו מאסדרה של הרשת. הגישה הרווחת נעשתה זו שלא רואה באינטרנט הוויה חדשה אותה אין לאסדר נורמטיבית, אלא סוברת שמדובר ב"אותה גברת בשינוי אדרת" - האינטרנט הוא מדיה ככל המדיות, ויש להחיל עליו את אותן הדוקטרינות המשפטיות שחלות בעולם הממשי. השופט האמריקאי איסטרברוק (Easterbrook) טבע את הביטוי "חוק הסוס" כדי לתאר זאת.⁹ לטענתו, האינטרנט הוא גרסה חדשה לדברים מוכרים, וכשם שאין חוקים המטפלים באופן ספציפי בסוסים (אלא דיניהם שזורים ברחבי הדין הכללי – עונשין, חוזים, נזיקין, קניין וכו'), כך גם לא צריכים להיות "דיני אינטרנט" ייחודיים. גישה זו קנתה לה אחיזה גם בדין הישראלי, בחקיקה ובפסיקה. כך למשל, חשבונית מס אלקטרונית הוכרה כקבילה כמו חשבונית מודפסת;¹⁰ נקבע כי יש לראות בפעולת השיתוף (Share) ברשתות החברתיות "פרסום" הבא בגדרי חוק

⁶ *Cyberspace, ELECTRONIC of Independence the of Declaration* John Perry Barlow, A FOUND. (Feb. 8, 1996), <https://www.eff.org/cyberspace-independence> FRONTIERS WILLIAM J. CLINTON & ALBERT GORE, JR., A FRAMEWORK FOR GLOBAL ELECTRONIC COMMERCE (1997).

⁸ ראו לדוגמא: Anne Wells Branscomb, *Anonymity, Autonomy, and Accountability: Challenges to the First Amendment in Cyberspaces*, 104 YALE L.J. 1639 (1995); *The Message in the Medium: The First Amendment on the Information Superhighway, The Borders* and David R. Johnson & David Post, *Law*; 107 HARV. L. REV. 1062 (1994); *Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996); *in Law of Rise* מילטן קלטר; הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת "רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע" 207, 219–228 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

⁹ Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207, 207–209 (1996). מלומד נוסף שתמך בגישה זו, ואף הרחיב את היריעה לגביה, היה ג'וזף סומר. ראו: Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145 (2000). לסקירה נוספת של עמדה זו ראו: אסף הרדוף **הפשע המקוון** 21 (2010); אברהם טננבוים "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט" **שערי משפט** ד(2) 359, 360–361 (2006); יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" **מחקרי משפט** כג(1) 259, 259–260 (2006).

¹⁰ הוראות מס הכנסה (ניהול פנקסי חשבוניות) (תיקון מס' 2), התשס"ג-2003, ק"ת 6245, 795.

איסור לשון הרע, ממש כמו שיתוף בעולם הלא-אלקטרוני;¹¹ סכסוכים על כתובות של אתרים (שמות מתחם, Domain Names) נפתרו באמצעות הדוקטרינות הקיימות של דיני סימני המסחר,¹² ועוד.

פסק דין משמעותי שעסק בסוגיית ההיקש מהדינים העוסקים בעולם הפיזי אל העולם האינטרנטי הוא פסק הדין בעניין **איגוד האינטרנט הישראלי**.¹³ בפסק הדין נדונה השאלה האם אתר אינטרנט העוסק בהימורים נופל תחת ההגדרה "מקום משחקים אסור" שבחוק העונשין, על אף שלשון החוק מכוונת ל"מקום" פיזי בדווקא. השופט סולברג דן בניסיונות המשפט להשיג את הטכנולוגיה, ועמד על כך שלא ניתן להמתין למוצא פיו של המחוקק בנוגע לכל עניין ועניין ברשת, בשל קצב ההתקדמות המהיר שלה.¹⁴ תובנה זו היא שהובילה את השופט סולברג לאמץ את הגישה האנלוגית המקישה מהדין הנוהג בעולם הפיזי אל הדין באינטרנט, ולקבוע שגם אתר אינטרנט יכול להיחשב "מקום".¹⁵ השופט פוגלמן הסכים לפרשנות אנלוגית זו,¹⁶ אך לבסוף הגיע למסקנה שסעיף 229, המקנה סמכות לסגור "מקום משחקים אסור", אינו מקנה סמכות להשתמש בספקיות הגישה לאינטרנט לצורך ביצוע סמכות זו, ולפיכך העתירה נדחתה. פסק דין זה עורר דיונים בספרות האקדמית וזכה לאזכורים בפסיקה.¹⁷ החלטתו התקדימית של השופט מלצר להחיל את דיני התעמולה על האינטרנט, בה נעסוק בהרחבה בהמשך, נשענת גם היא על פסק דין זה.¹⁸ מלומדים רבים תמכו (ועדיין תומכים) בגישה אנלוגית זו, והם סבורים שאין לראות באינטרנט מדיום חדש שמשנה סדרי עולם ומחייב מהפכה דוקטרינרית, אלא יש להחיל עליו את הכללים המשפטיים הקיימים.¹⁹ במידה רבה, זהו יחסה של קהילת המשפט כיום לאינטרנט. ואולם, אנו סבורים שגישה זו מעוררת קשיים ניכרים. כדרכו, באמרת שפר קצרה אך מדויקת לכד השופט חשין את הבעיה בפרדיגמה זו: הניסיון להתאים את דיני האינטרנט לדינים הרגילים משול לניסיון להעביר פיל

¹¹ רע"א 1239/19 שאלו נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 08.01.2020).

¹² ראו: נעמי אסיא, פורמן מרטין ואביבה גולדשטיין "כתובות באינטרנט כסימני מסחר" **שערי משפט** א(2) 189 (תשנ"ח).

¹³ עע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פ"ד סו(2) 159 (2013) (כאן ולהלן: עניין **איגוד האינטרנט הישראלי**).

¹⁴ שם, פסקה 28 לפס"ד של השופט סולברג.

¹⁵ נדגיש שאין מדובר בהכרח בגישה עקרונית ביחס לאופן ההסדרה הרצוי של הרשת, אלא באידיאולוגיה שיפוטית ביחס לדרך בה צריך שופט לפסוק כאשר החקיקה אינה מעודכנת. **בשולי הדברים**, ובשל הקשר העקרוני לסוגיה שלנו, נעיר בקצרה שלדעתנו אין בטענותיו של סולברג הצדקה משכנעת לתקן את המצב החוקי ביצירה שיפוטית ולא בדרך המלך של חקיקה. המרדף אחרי האינטרנט הוא אכן אתגר לשלטון החוק, אולם הוא נכון בעיקר בעת שפורצות תופעות ולא שנים לאחר מכן. מיד לאחר שהשופט סולברג עומד על הקושי להתמודד עם המהירות בה הפשיעה באינטרנט משתכללת הוא מצטט דברים דומים שכתבה השופטת חיות כבר בשנת 2006. כפי שנטען בהמשך, הטענה שהאינטרנט מתפתח ומשתנה תדיר אינה יכולה להצדיק התעלמות של המחוקק מטיפול בו.

¹⁶ עניין **איגוד האינטרנט הישראלי**, לעיל ה"ש 13, פסקה 9 לפס"ד של השופט פוגלמן.

¹⁷ ראו למשל: עניין **חשבים ה.פ.ס.**, לעיל ה"ש 1, פסק דינו של השופט פוגלמן; גל יהושע ובוועז גדות "פסק הדין בעניין איגוד האינטרנט כמקרה מבחן" **הארץ** דין ט(1) 37 (התשע"ד); חיים ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר** 77–78 (2015); שי חן "חצרים", אתרי אינטרנט ומה שביניהם" **מסחרי** 6 (2013).

¹⁸ ראו להלן, פרק ב'.

¹⁹ ראו למשל: ראם שגב **חופש הביטוי: הצדקות וסייגים** 393–405 (2008).

בקוף המחט.²⁰ עוד נשוב לאמירתו זו של חשין בהקשרה הרחב, אך היא בבחינת מעט המחזיק את המרובה והיא מתמצתת היטב את הלך מחשבתנו.

במאמר זה נבקש לבחון את תחולתם של דיני תעמולת הבחירות בישראל על הרשת במבט ביקורתי, לאור הגישות השונות שהוצגו על יחסי משפט ואינטרנט. פרק ב' של המאמר עוסק בדיני תעמולת הבחירות. ראשית נפרוס רקע תיאורטי על דיני תעמולת הבחירות והתכליות השונות של דינים אלו. לאחר מכן, נציג את החקיקה המסדירה את דיני התעמולה בישראל, ונצטרף לטענות הרבות שהושמעו על היותה ארכאית. תת-פרק נוסף יכלול בחינה ביקורתית של הפסיקה בנוגע לתחולת חוק תעמולת הבחירות על האינטרנט. הפרק ייחתם בסקירה של מספר פתרונות שהוצעו בספרות לפתרון הקשיים שמעורר החוק המיושן, ונצביע על הקשיים התיאורטיים והיישומיים שאלו מעוררים. בפרק ג' נפרוס את הרקע לדין הרצוי לדעתנו בנוגע לתעמולת הבחירות ברשת, ונציע הבחנה בין שלושה מעגלים שונים של זיוף המתרחשים בתעמולת הבחירות ברשת. פרק ד' ירחיב על המעגל השלישי, העוסק במניפולציה של שחקני המשנה ברשת, ובו יתמקד מאמרנו. בפרק ה' ננתח במבט-על את דיני התעמולה והפתרונות השונים שהוצעו מזווית תיאורטית. המטרה באימוץ מבט-על היא לזהות יסוד פרדיגמטי משותף לכלל ההצעות. בסיום הפרק נקרא להחלפת פרדיגמה בנוגע ליחסי משפט ואינטרנט, לאור מאפייניה הייחודיים של תעמולת הבחירות ברשת. בפרק ו' נתווה ארבעה קווים מנחים ומבחני עזר לפתרונות עתידיים לבעיות שמעוררת תעמולת הבחירות המקוונת. קווים מנחים אלו נובעים מהרקע התיאורטי ומהניסיון הפסיקטי שהוצג קודם לכן. בפרק ז' נדגים כיצד ניתן להשתמש בקווים מנחים אלו על מנת לבחון וליישם פתרונות והסדרים שהוצעו לבעיות הקשורות לתעמולת הבחירות ברשת, באמצעות הצגה בקווים כלליים בלבד של פתרון שאנו מציעים – הגבלת האנונימיות ברשת בתקופת בחירות, וכן באמצעות בחינת איסורים שונים על השימוש בטכנולוגיית דיפ-פייק.

א. תעמולת בחירות – תכליות, חקיקה, פסיקה וספרות

1. תכלית דיני תעמולת בחירות

תעמולת הבחירות נועדה לשכנע מצביעים לבחור במועמד או במפלגה בבחירות. החשיבות העיקרית בקיומה של תעמולת בחירות מאוזנת וחופשית היא בכך שהיא מעודדת שיח ציבורי פתוח טרם הבחירות, שיביא לליבון סוגיות המצויות במחלוקת, להעלאת נושאים חשובים לסדר היום, ולאפשרות בחירה מושכלת. דיני תעמולת הבחירות נועדו לקדם מטרות אלה, ותכליתן היא להסדיר את המותר והאסור בפעילותן הפוליטית של המפלגות והפוליטיקאים.²¹ מקובל, אם כן, להתייחס לדיני התעמולה כמאזנים בין מספר עקרונות שונים.

²⁰ תב"מ 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' סגן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נה(3) 159, 165 (2001).

²¹ סלים ג'ובראן וגיא רווה "דיני התעמולה – עבר, הווה, עתיד" ספר יורם דנציגר 531, 532–531 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019).

ראשית, דיני התעמולה נועדו לקדם את חופש הביטוי הפוליטי, שניצב בגרעין הזכות לחופש ביטוי,²² ומקבל משמעות מיוחדת בתקופת בחירות.²³ תכליתם של דיני התעמולה בהקשר זה היא להבטיח פלורליזם והחלפת דעות הדדית, וליידע את הבוחרים בנוגע לעמדותיהן של המפלגות השונות במטרה לאפשר לכל אזרח בחירה מודעת, מושכלת וחופשית.²⁴ תכלית נוספת של דיני התעמולה היא קידום עקרון השוויון, אשר בהקשר של דיני הבחירות, מעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. נפסק כי לצד מובנה הצר – "קול אחד לכל אחד", להוראה זו גם מובן רחב: לכל מתמודד יהיה שוויון בסיכויים בהתמודדות על קולו של הבוחר.²⁵ עקרון זה מתגלם בדיני תעמולת הבחירות, והוא מהווה כאמור את אחת מתכליותיו של חוק זה. שתי התכליות הללו – חופש הביטוי והשוויון – מוכרות כתכליות העיקריות של דיני התעמולה,²⁶ והן ממוקדות במפלגות ובפוליטיקאים. הן מבקשות לקדם את זכותם של המתמודדים בבחירות להשמיע את דבריהם במסגרת חופש הביטוי הפוליטי, ולשמור על השוויון בין המתמודדים, כך שמפלגה או מועמד לא יקבלו עדיפות על פני מתמודדים אחרים.

לצד שתי תכליות עיקריות אלה קיימות תכליות נוספות לדיני התעמולה, הממוקדות באינטרס הציבורי ובזכויותיהם של הבוחרים. תכליות אלה הן זכותו החוקתית של האזרח לבחור, במובנה המהותי הרחב; טוהר הבחירות, הגינותן ותקינותן; מניעת הטעיה של הבוחרים; שמירה על הביטחון, על שלום הציבור ועל הסדר הציבורי; הגבלת הוצאותיהן של המפלגות; ומניעת עיוותים בהליך הבחירות ובתוצאות.²⁷

²² בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פסקאות 23, 26 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור, ופסקה 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פסקה 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 28.06.2006); אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה 731 (2014) (להלן: ברק הזכות החוקתית).

²³ בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, פסקה 17 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1992); ג'ובראן ורווה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 533; הוועדה הציבורית לבחינת חוק הבחירות (דרכי תעמולה) התשי"ט-1959 דין וחשבון 21 (2017) (להלן: דו"ח ביניש).

²⁴ בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 15.01.2013). דברים דומים אמר הנשיא שמגר בבג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1984).

²⁵ בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698–699 (1969); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, פסקה 1 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1981).

²⁶ עניין זוילי, לעיל ה"ש 23, פסקאות 17–20 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; תהילה שורץ אלטשולר וגיא לוריא תעמולה דיגיטלית והאיום על הבחירות 16 (מחקר מדיניות 155, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020); דו"ח ביניש, לעיל ה"ש 23, בעמ' 21–22.

²⁷ סעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת; בג"ץ 212/03 תרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); ע"א 10596/02 נס נ' תנועת הליכוד, תנועה לאומית ליברלית, פ"ד נז(1) 769, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); דנג"ץ 1525/15 טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 23.08.2017) (להלן: עניין טיבי); תב"כ 8/21 בן מאיר נ' הליכוד, פסקה 68 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר (פורסם בנבו, 27.2.2019) (להלן: עניין בן מאיר); ג'ובראן ורווה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 533; גיא לוריא ותהילה שורץ אלטשולר רפורמה בדיני תעמולת הבחירות 19 (מחקר מדיניות 109, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

תכליות דיני התעמולה מתנגשות פעמים רבות זו בזו. חופש הביטוי הפוליטי מושך, לכאורה, לכיוון של הגבלות מעטות על תעמולת הבחירות, ואילו התכליות האחרות, כגון השוויון והשמירה על טוהר הבחירות, מושכות לא אחת לכיוון של הגבלת התעמולה ואסדרה נרחבת שלה. כך למשל, עקרון השוויון מוביל להגבלה על היקף התעמולה או ההוצאות של המפלגות, שאם לא כן המפלגות העשירות ביותר יוכלו להשתלט על השיח הציבורי ולזכות ביתרון בלתי-הוגן.²⁸ דיני התעמולה מנסים לאזן בין התכליות השונות, והם מטילים הגבלות שונות על המפלגות והפוליטיקאים בתקופה הסמוכה לבחירות במטרה להגיע לאיזון זה.²⁹ על טיבו של המתח בין התכליות והאיזון הנדרש ביניהן עמד הנשיא ברק:

התכליות השונות העומדות ביסוד חוק דרכי תעמולה מתנגשות אלה באלה. הרצון להבטיח את חופש הביטוי מוביל לצמצום האיסור על תעמולת בחירות ואף לשלילתו. אכן, זהו הדין ברבות מהארצות הדמוקרטיות, בהן אינו קיים כלל איסור דומה לזה המופיע אצלנו. לעומת זאת, הרצון להבטיח שוויון בין המפלגות מוביל להרחבת האיסור על תעמולת הבחירות [...] הנה כי כן, אנו עומדים בפני תכליות סותרות, הנאבקות בינן לבין עצמן, בנשמתו של חוק דרכי התעמולה. פתרון הסתירה אינו בהעדפת התכלית האחת על פני רעותה. הפתרון מצוי באיזון הראוי בין התכליות הסותרות.³⁰

אם כן, דיני התעמולה מסדירים מבחינה נורמטיבית את ההתנהלות הפוליטית בתקופה שקודמת לבחירות, תוך איזונים בין הרציונלים והתכליות שבבסיס דיני התעמולה. סקירה של המשפט המשווה מעלה כי מדינות שונות ברחבי העולם בוחרות בנקודות איזון שונות בין התכליות. יש מדינות בהן ההגבלות על תעמולת הבחירות מועטות (כגון ארה"ב), ואילו במדינות אחרות ההגבלות נרחבות יחסית (שווייץ). גם הדרכים בהן מסדירים את התעמולה שונות ממדינה למדינה. כך למשל, במדינות מסוימות המדינה מעניקה זמני שידור שוויוניים למפלגות בערוצים הציבוריים, ולעומת זאת יש מדינות בהן המפלגות יכולות לרכוש זמני שידור, אך קיימת הגבלה על התקציב.³¹

2. חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959

החוק העיקרי המסדיר את תעמולת הבחירות בישראל הוא חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959.³² בחוק זה כלולות הוראות רבות המגבילות את תעמולת הבחירות של המפלגות והפוליטיקאים. חלק מהוראות החוק מגבילות את אופן התעמולה ואת אופייה והן חלות בכל אמצעי התקשורת, ואילו הוראות אחרות מתמקדות באמצעי תקשורת מסוימים.³³

²⁸ גם כיום, ניכרת העדפה בדיני הבחירות למפלגות גדולות על פני קטנות ולמפלגות קיימות על פני חדשות, באופן שעלול להוות יתרון בלתי הוגן. כך למשל בנוגע למימון מפלגות ולהסכמי עורפים.

²⁹ ג'ובראן ורווה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 533-534; לוריא ושוורץ אלטשולר רפורמה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 20; שוורץ אלטשולר ולוריא תעמולה דיגיטלית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 16, 18.

³⁰ עניין זויילי, לעיל ה"ש 23, פסקה 19 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק.

³¹ לסקירה משווה של דיני תעמולת הבחירות ראו לוריא ושוורץ אלטשולר רפורמה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 40-47.

³² להלן: "חוק דרכי תעמולה", "חוק התעמולה", או "החוק".

³³ לוריא ושוורץ אלטשולר רפורמה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 21-22; ג'ובראן ורווה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 545-552.

ואולם, חוק דרכי תעמולה נחקק בסוף שנות החמישים במציאות פוליטית ותקשורתית שונה לחלוטין מזו הקיימת היום, כאשר בישראל לא היו טלוויזיה או אינטרנט, והוא תוקן מאז בצורה נקודתית בלבד. עם השנים הוסדרו בתיקונים לחוק זה התעמולה בטלוויזיה (בשנת 1969), ברדיו האזורי (1998) וכן פרסום סקרי בחירות (2002).³⁴ בניגוד לכך, בעשרים השנים האחרונות נמנע המחוקק מלבצע תיקונים משמעותיים בחוק והתעמולה ברשת טרם הוסדרה בו. משכך, מדובר בחוק ארכאי שאינו מתייחס כלל למוקד התעמולה המרכזי בימינו – האינטרנט – אך טורח, למשל, לאסור "זריקת אור על מבנים".³⁵ הסדרים רבים בחוק אינם רלוונטיים למציאות התקשורתית החדשה. כך למשל, שידורי התעמולה המרוכזים שהתאימו למציאות תקשורתית בה יש רק ערוץ אחד – אינם מתאימים עוד לימינו, ונראה כי מעטים הצופים בהם; האיסור על תעמולה בשידורי טלוויזיה ורדיו נאכף לעתים רחוקות בלבד,³⁶ והוא מגביל עד מאוד את חופש הביטוי של המפלגות, וזאת בניגוד מוחלט לתעמולה הכמעט חופשית לחלוטין ברשת; ההגבלות על מודעות מודפסות היו רלוונטיות לעידן בו העיתונים ולוחות המודעות היו אמצעי תקשורת מרכזיים ומשאב מוגבל, אך ספק אם הן מתאימות להסדרת פרסומות ברשת; ואיסורים רבים נוספים נראים מיושנים למדי (כגון האיסורים על נשיאת לפידים, על תעמולה בכלי טיס או שיט, ועל שימוש ברמקול).³⁷ אולם חסרונו הגדול של החוק הוא לא מה שיש בו, אלא דווקא מה שנעדר ממנו כליל – האינטרנט, שהוא מוקד התעמולה המשמעותי ביותר בתקופתנו.

לאורך השנים קראו יושבי-ראש ועדת הבחירות למחוקק לערוך רפורמה בחוק ולהתאימו למאה ה-21. כבר בשנת 1999 ציין השופט מצא, יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-15, ש"המיגבלות המוטלות בחוק התעמולה [...] שוב אינן הולמות את רוח תקופתנו ואת צורכי הציבור".³⁸ מאז, כל יושבי-ראש ועדת הבחירות הבהירו כי החוק מיושן ואינו מתאים למציאות המודרנית. לאחר מערכת הבחירות לכנסת ה-16, כתב השופט חשין: "חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959 [...] – במתכונתו דהיום – חוק הוא שאבד עליו הכלח; יתר-על-כן: חוק הוא שהפך להיותו מיטרד ואבן-נגף על דרכם של הליכי בחירות ראויים".³⁹ דברים דומים כתבו השופטים ביניש, רובינשטיין וג'ובראן, בסיום כהונתם כיושבי-ראש ועדת הבחירות המרכזית.⁴⁰ כאמור, האיזונים בין התכליות השונות של דיני תעמולת הבחירות הם עדינים ביותר. הם נשמרו כל עוד התעמולה התנהלה באמצעי התקשורת הקלאסיים, ודיני התעמולה נתנו מענה הולם. אי התאמתו של החוק למציאות התקשורתית החדשה והיותו של האינטרנט מרחב לא מוסדר פוגעים באיזון הדק שבין

³⁴ חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 3), התשכ"ט-1969, ס"ח 199; חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 16), התשנ"ח-1998, ס"ח 337; חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 22), התשס"ג-2002, ס"ח 14.

³⁵ ס' 9 (ב) לחוק דרכי תעמולה.

³⁶ לוריא ושוורץ אלטשולר רפורמה לעיל ה"ש 27, בעמ' 22–23.

³⁷ ראו למשל דו"ח ביניש, לעיל ה"ש 23, בעמ' 30.

³⁸ ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-15 ולראש הממשלה נהלים והחלטות 150 (1999).

³⁹ החלטות והנחיות של השופט מישאל חשין מהבחירות לכנסת ה-16, 443 (2003).

⁴⁰ ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השבע-עשרה החלטות והנחיות 283 (2006); ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה החלטות והנחיות 521 (2013); ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים החלטות והנחיות 410 (2015).

התכליות שבבסיס החוק, כך שנוצרה העדפה לא מוצדקת לחופש הביטוי על פני התכליות האחרות.

למרות ארכאיותו של החוק, ולמרות קריאתם החד משמעית של כל יושבי-ראש ועדת הבחירות בעשרים השנים האחרונות לעדכן את החוק, המחוקק נמנע עד כה מהתאמת החוק לעידן האינטרנט ומהסדרת תעמולת הבחירות ברשת. ייתכן שהדבר אינו נובע מהכרעה עקרונית לפיה אין להסדיר את תעמולת הבחירות ברשת, אלא משיקולים מסדר שני. שיקול מסוג זה יכול להיות הקושי האינהרנטי הקיים בעדכון החקיקה ביחס לשינויים טכנולוגיים, שמתבעם הם מהירים הרבה יותר מתהליכי החקיקה: "בידוע, כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע וישומיו [...] זו אקסיומה"⁴¹. אקסיומה זו נכונה גם לגבי תעמולת הבחירות ברשת, שאף היא מתקדמת ומשתנה בקצב מהיר, כאשר בשנים המעטות שעוברות בין מערכות בחירות עולם התעמולה מספיק לשנות את פניו. ייתכן שקושי זה 'לרדוף אחר הטכנולוגיה' הוא אחד הגורמים לכך שהמחוקק נמנע מלהסדיר את תעמולת הבחירות באינטרנט. אולם, לדעתנו שיקול זה אינו יכול להוות הצדקה להימנעות מהסדרה בתחום זה. האינטרנט איתנו מזה שלושה עשורים, והרשתות החברתיות מזה שני עשורים – כבר לא מדובר בתופעה חדשה שאין לדעת איך תתפתח. השפעותיה על הבחירות ניכרת היטב במדינות רבות, ואף בישראל היא השפיעה זה מכבר. התייחסות למוקד התעמולה המרכזי ביותר בתקופתנו היא חובת המחוקק, גם אם תוצרי החקיקה יצריכו התאמות ותיקונים תדירים נוכח התפתחויות עתידיות. שיקול נוסף שיכול לגרום למחוקקים שלא לחוקק הוא האינטרס הפוליטי של המפלגות. הסדרת תעמולת הבחירות ברשת דורשת מהמפלגות להגביל את עצמן, ולהימנע מדרכי תעמולה שונות המשמשות אותן כיום. ברי כי המפלגות לא ימהרו לקדם שינויי חקיקה כאלה. עם זאת, לא כל המפלגות משתמשות בכלים אלה באותם היקפים, ואף רבים מהפוליטיקאים נפגעים מתעמולה זו, ומשום כך ייתכן שחלקן יעדיפו הגבלה גורפת על כל המפלגות.⁴² בעניין **בן מאיר** שיידון בהרחבה בהמשך, רוב המפלגות תמכו בהסדרת התעמולה האנונימית ברשת, אף כי חלקן הסתייג מהסדרה בדרך של "חקיקה שיפוטית"⁴³. אם כן, שיקולים מסדר שני משחקים תפקיד משמעותי באי-ההסדרה של הסוגיה הנדונה, אולם שיקולים אלה אינם מכריעים בהכרח, וכן הם עשויים להשתנות עם הזמן ולהביא למצב בו הסדרה כזו תהיה אפשרית ואף רצויה.

3. הפסיקה בנושא תעמולת הבחירות ברשת

לאורך השנים, יושבי ראש ועדת הבחירות ניסו להתמודד עם החוק הארכאי ולהתאימו לעידן האינטרנט. להלן נסקור את הדרכים בהן ניסתה הפסיקה להתמודד עם הבעיות שהציב האינטרנט בפני דיני התעמולה. נצביע על הקשיים שבפתרונות אלה, ונטען כי הפתרונות

⁴¹ עניין **איגוד האינטרנט הישראלי**, לעיל ה"ש 13, פסקה 23 לפסק דינו של השופט סולברג; ראו גם עניין **חשבים ה.פ.ס.**, לעיל ה"ש 1, פסקה יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴² בנוסף, קונסטלציות פוליטיות מפתיעות יכולות להביא איתן חקיקה מפתיעה שההיתכנות לה נראתה נמוכה. שר התקשורת יועז הנדל אף הורה להכין תזכיר להצעת חוק ממשלתית בנושא. ראו יובל קרני "החוק נגד פייק ניוז" **ידיעות אחרונות** 8.8.2021.

⁴³ עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 27, פסקאות 13–21 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר.

השונים הינם צופי פני עבר ואינם ערים למאפיינים הייחודיים של התעמולה ברשת. בהמשך המאמר ננתח את תפיסת העולם התיאורטית שמשקפת בפתרונות הללו, ונטען כי נדרשת החלפת פרדיגמה ביחס לתפיסה זו.

סוגיית תחולתו של חוק התעמולה על הרשת החלה להעסיק את יושבי ראש ועדת הבחירות החל מראשית שנות האלפיים. כזכור, החוק אינו מתייחס כלל לאינטרנט, ומבחינה משפטית נשאלה השאלה האם מדובר בלאקונה או בהסדר שלילי.⁴⁴ השאלה התעוררה לראשונה בבחירות לכנסת ה-16, בעתירה נגד ח"כ אופיר פינס, שרצה לנהל צ'אט עם גולשים באתר האינטרנט של עיתון "מעריב".⁴⁵ העותרת, מפלגת ש"ס, טענה כי אי-ההסדרה של האינטרנט בחוק התעמולה כמוהו כהסדר שלילי, והתעמולה באינטרנט אסורה באופן גורף.⁴⁶ ואולם, השופט חשין לא קיבל עמדה זו, וסבר כי "לשווא נחפש בחוק התעמולה הוראה האוסרת על תעמולת בחירות באינטרנט; לא תימצא לנו הוראה מעין-זו, לא הוראה מפורשת ולא הוראה מכללא. [...] המחוקק נמנע מגעת באינטרנט, ואת שנמנע המחוקק מעשות - בין במתכוון בין שלא במתכוון - לא נשלים אנו".⁴⁷ לדידו, הימנעותו של המחוקק מהסדרת התעמולה באינטרנט משמעה שתעמולה זו מותרת באופן גורף, ולא חלים עליה ההגבלות שבחוק. לטענתו, אכן מדובר בהסדר שלילי (כטענת העותרים) – אך המשמעות הפוכה מעמדת העותרים – המחוקק בחר שלא להטיל כל הגבלה על תעמולת הבחירות ברשת.

במערכת הבחירות הבאה, לכנסת ה-17, התעוררה הסוגייה בשנית. הפעם העותרת לא ביקשה לטעון שבשתיקתו לגבי האינטרנט אוסר החוק כל תעמולה ברשת, אלא שהוראת חוק ספציפית האוסרת על פרסום מודעות בחירות אנונימיות,⁴⁸ חלה גם על מודעות באינטרנט. לשון החוק מחילה איסור זה על "מודעות מודפסות המוצגות ברבים" ועל "מודעות מודפסות המתפרסמות בעתונים".⁴⁹ בהחלטה קצרצרה דחתה השופטת ביניש את העתירה, הן בטענה כי חוק התעמולה לא מגביל את התעמולה באינטרנט כלל (בדומה לפסיקתו של השופט חשין), והן בטענה כי הוראת החוק הספציפית עוסקת ב"מודעות מודפסות" בדווקא.⁵⁰ אם כן, נראה שגם עמדתה של השופטת ביניש היא ששתיקת החוק לגבי האינטרנט כמוה כהסדר שלילי.

במערכת הבחירות לכנסת ה-18 בחר השופט ריבלין לא להכריע בשאלת תחולתו של חוק התעמולה על האינטרנט, משום שהוסכם שהפרסום שכנגדו הוגשה העתירה היה מזוהה,

⁴⁴ על הבחנה זו ראו באופן כללי אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 113–114 (1993); על"ע (ירושלים) 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, פסקה 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1993). לדין בהקשר לחוק תעמולת בחירות ראו עניין **חרות**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 757–759.

⁴⁵ עניין **ש"ס**, לעיל ה"ש 20.

⁴⁶ שם, בעמ' 161.

⁴⁷ שם, בעמ' 162–163.

⁴⁸ סעיף 10(א) לחוק דרכי תעמולה: "לא תהא תעמולת בחירות באמצעות מודעות מודפסות המוצגות ברבים, אלא בהגבלות אלה: (3) המודעה תישא את שמו ומענו של המדפיס שהדפיס אותה ושל האדם האחראי להזמנתה; ואם פעל אותו אדם מטעם סיעה [...] תישא המודעה את שם הסיעה".

⁴⁹ שם, סעיף 10(ב).

⁵⁰ הב"כ 3/17 לירן נ' חברת רוטרנט בע"מ (פורסם בנבו, 12.02.2006).

ולפיכך עמד בתנאי ס' 10(א)(3) לחוק.⁵¹ אם כן, בשנותיו הראשונות של האינטרנט כשחקן פעיל בתעמולת הבחירות, בחרו השופטים לראות בשתיקתו של החוק בנוגע לאינטרנט הסדר שלילי המתיר תעמולה ברשת באופן גורף, ולא לבצע כל התאמה של החוק למציאות העכשווית.

הפסיקה החלה להשתנות במערכת הבחירות לכנסת ה-19. רשימת הבית היהודי טענה כי מאחורי פרסומים אנונימיים נגדה באינטרנט עומדת מפלגת הליכוד, ושמדובר ב"מודעות מודפסות המוצגות ברבים" בצורה אנונימית, ומשכך זוהי תעמולת בחירות אסורה. השופט רובינשטיין, שכיהן כיו"ר ועדת הבחירות המרכזית, נדרש לשאלת תחולתו של החוק על האינטרנט וקבע שהפרסומים האנונימיים באינטרנט הם תעמולת בחירות אסורה, וכי אין מניעה להחיל את הוראות החוק בנסיבות מסוימות על האינטרנט:

לדידי, אין כל מקום לקביעה גורפת לפיה חוק דרכי תעמולה אינו חל על פרסום מודעות באינטרנט, [...] באשר לסעיף 10(ב)(5) אציין, כי על פניו איני רואה טעם, מבחינת תכלית החוק והשכל הישר, שלא להחילו על פרסומי מודעות באינטרנט.⁵²

בהחלטה קודמת, מספר שבועות קודם לכן, הרחיב השופט רובינשטיין את דבריו בעניין זה.⁵³ מדבריו עולה כי עמדתו היא שאמנם אין להחיל את הוראות החוק ככתבן וכלשונן על האינטרנט, אך לא מן הנמנע לעשות זאת ב"מקרים חריגים", ו"בשינויים המחויבים". ואכן, השופט רובינשטיין פסק עוד מספר פעמים שחוק דרכי תעמולה חל באינטרנט.⁵⁴ מהכרעתו מסתבר שלדעתו לא מדובר בהסדר שלילי, כפי שסברו השופטים חשין וביניש, אלא בלאקונה משפטית אותה ניתן להשלים, בזהירות ובצורה מדודה.

במערכת הבחירות לכנסת ה-20 המשיך השופט ג'ובראן את המגמה מפסיקתו של השופט רובינשטיין. בפסיקתו, השופט ג'ובראן חילק בין הוראות החוק הכלליות לבין הוראות החוק העוסקות במדיה ספציפית, כגון רדיו או טלוויזיה. לגבי הקבוצה הראשונה השופט ג'ובראן סבור כי אין כל קושי להחילו על האינטרנט; להיפך – הוא אינו "רואה כל הצדקה – שעה

⁵¹ תב"כ 1/18 איתן נ' תנועת קדימה (פורסם בנבו, 04.12.2008).

⁵² תב"כ 16/19 רשימת הבית היהודי בראשות נפתלי בנט - מיסודם של האיחוד הלאומי, מפד"ל החדשה לכנסת ה-19 נ' רשימת הליכוד ביהנו לכנסת ה-19, פסקה ה להחלטתו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 03.01.2013) (להלן: עניין הבית היהודי). את עמדתו נימק השופט רובינשטיין בספר ההחלטות וההנחיות שמפרסמת ועדת הבחירות לאחר הבחירות: "אציין כי לא ראיתי, שלא כפסיקה קודמת ותפיסתי שלי בתחילה, לפטור את האינטרנט מתחולת חוק דרכי תעמולה, וזאת כדי שלא להפוך את החוק, עם ההתפתחויות הטכנולוגיות, לחוכא ואיטלולא פשיטא" (ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה החלטות והנחיות, לעיל ה"ש 40, בעמ' 522). בסופו של דבר לא ניתן צו מניעה שכן פייסבוק הודיעה כי המודעות אינן מופיעות עוד אצלה.

⁵³ תב"כ 2/19 פונקנטלר נ' אלדד, פסקה טז להחלטתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.12.12).

⁵⁴ ראו למשל תב"כ 25/19 הליכוד תנועה לאומית ליברלית נ' אתר האינטרנט "ליכודניק" (פורסם בנבו, 13.1.13); תב"כ 48/19 גל אדלר נ' תממערבי (פורסם בנבו, 21.1.13); תב"כ 43/19 רשימת הליכוד ישראל ביהנו בהנהגת בנימין נתניהו לראשות הממשלה נ' רשימת הבית היהודי בראשות נפתלי בנט – מיסודם של האיחוד הלאומי, מפד"ל החדשה (פורסם בנבו, 18.1.13); תב"כ 38/19 רשימת הליכוד ישראל ביהנו בהנהגת בנימין נתניהו לראשות הממשלה נ' רשימת הבית היהודי בראשות נפתלי בנט מיסודם של האיחוד הלאומי, מפד"ל החדשה (פורסם בנבו, 20.01.2013).

שהמחוקק קבע איסור כללי – להחריג איסור זה ולקבוע כי אינו חל באינטרנט.⁵⁵ לגבי הקבוצה השנייה ובה ההגבלות על מדיות ספציפיות, השופט ג'ובראן מסויג יותר, אך תומך בעמדתו של השופט רובינשטיין לפיה ניתן להחיל את הוראות החוק הספציפיות על התעמולה ברשת בהתאם לנסיבות העניין.⁵⁶ את עמדתו זו יישם השופט ג'ובראן במספר פסקי דין, כאשר הוא מחיל את הוראות החוק השונות, הן הכלליות והן העוסקות במדיה מסוימת, על האינטרנט.⁵⁷

הפסיקה החשובה ביותר בנוגע לתחולתו של חוק דרכי תעמולה על האינטרנט הגיעה במערכת הבחירות לכנסת ה-21. לפני שנעסוק בפסיקה לגופה, כדאי לציין את התנאים שהכשירו את הקרקע להחלטה תקדימית זו. ראשית, מרכזיותם של האינטרנט ושל הרשתות החברתיות המשיכה לגבור בארבע השנים שחלפו מאז מערכת הבחירות לכנסת ה-20; שנית, בשנים אלה פורסם דו"ח ועדת ביניש, שקרא לרפורמה בחוק התעמולה המיושן;⁵⁸ שלישית, הוגשה הצעת חוק המיישמת חלק מלקחי ועדת ביניש, ושחקיקתה נעצרה בשל פיזור הכנסת.⁵⁹

החלטתו של השופט מלצר ניתנה במסגרת עתירה שהגיש עו"ד שחר בן מאיר זמן קצר לאחר פיזור הכנסת ה-20, בה התבקש יו"ר ועדת הבחירות המרכזית להוציא צו מניעה קבוע המורה למפלגות להימנע מלפרסם באינטרנט (ובכלל זה ברשתות החברתיות) כל פרסום שהוא בגדר תעמולת בחירות, ללא זיהוי הגורם שעומד מאחורי הפרסום.⁶⁰ השופט מלצר דן בדרכים השונות בהן ניתן להשליך את החוק על פרסומים באינטרנט: באמצעות פרשנות תכליתית, באמצעות השלמת חסר חקיקתי, באמצעות היקש ובאמצעות "עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".⁶¹ ביני לביני, דוחה השופט מלצר את האפשרות שמדובר בהסדר שלילי. כל הדרכים האחרות, לדידו, מוליכות לתוצאה זהה: החלת הוראות חוק דרכי תעמולה גם על רשת האינטרנט, לרבות הרשתות החברתיות. לשיטתו, תוצאה זו מאזנת כראוי בין חופש הביטוי הפוליטי של המפלגות לבין עקרון השוויון והשקיפות בבחירות. משכך, הוצא צו מניעה המחיל מכאן ולהבא על המפלגות נשוא העתירה את האיסור לפרסם תעמולה אנונימית ברשת.⁶² מאז, יושבי ראש הוועדה פוסקים בהתאם

⁵⁵ תב"כ 5/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 16 להחלטתו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 20.1.15) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

⁵⁶ סיכום בהיר של עמדתו ניתן למצוא שם, בפסקה 21 להחלטתו.

⁵⁷ ראו: תר"מ 12/20 אבן-זוהר נ' ראש עיריית ראשון לציון (פורסם בנבו, 12.06.2013); תר"מ 22/20 רוזן נ' ראש עיריית הוד השרון (פורסם בנבו, 1.7.2013); תר"מ 58/20 רשימת מהפך ברמה בראשות נורית אבנר נ' ראש עיריית רמת השרון (פורסם בנבו, 7.8.13); תר"מ 115/20 כהן נ' ראש המועצה המקומית מבשרת ציון (פורסם בנבו, 17.9.13); תר"מ 177/20 בר-לב נ' קורן (פורסם בנבו, 17.10.13); תב"כ 11/20 קצין הבחירות בצה"ל נ' מפלגת הבית היהודי (פורסם בנבו, 1.2.15); תב"כ 31/20 קצין הבחירות בצה"ל נ' מפלגת "יחד" (פורסם בנבו, 4.3.15).

⁵⁸ בדו"ח ועדת ביניש נעסוק בהמשך.

⁵⁹ הצעת חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 34), התשע"ח-2018, ה"ח 805; עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 27, פסקה 65 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר.

⁶⁰ עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 27.

⁶¹ שם, פסאות 66–77, 80–81, 82 להחלטתו של השופט מלצר.

⁶² שם, פסקה 83 להחלטתו של השופט מלצר.

להחלטה זו, והמצב הנוהג בפועל הוא שחוק דרכי תעמולה אוסר על מפלגות וכל גורם הפועל בתאום עמן לפרסם תעמולת בחירות אנונימית בכל המדינות השונות.⁶³ החלטתו של השופט מלצר נחגגה בארץ ובעולם כהחלטה תקדימית שהפכה את ישראל למדינה הראשונה שהסדירה את תעמולת הבחירות ברשת.⁶⁴ השופט מלצר הוזמן לכנסים בארץ וברחבי העולם והוצג כמי שהציב את ישראל בחזית הקידמה והתמודד לראשונה עם בעיות תעמולת הבחירות באינטרנט.⁶⁵ אולם, הצגה זו של הדברים רחוקה מהמציאות. החלטתו של השופט מלצר פותרת את בעיות העבר. היא מתייחסת לפוסטים ברשתות החברתיות כאל "מודעות בחירות", אף שהם נושאים אופיי שונה לחלוטין. כך למשל, ההחלטה מחילה את חובת הזיהוי על "כל פרסום מטעם מפלגה, או רשימת מועמדים המתמודדות בבחירות, או על גורם אחר כלשהו הפועל מטעמן בתשלום, או על-פי תיאום עמן".⁶⁶ אולם, המציאות מוכיחה כי קשה עד בלתי אפשרי לזהות מי עומד מאחורי פרסומים מסוימים, ואף קשה יותר לזהות האם הוא פועל מטעם מפלגה בתשלום.⁶⁷ זכורה במיוחד פרשת "פרויקט הבוטים הגדול", שהחלה בתחקיר של העיתונאי רונן ברגמן על רשתות בוטים שהפעילה מפלגת הליכוד,⁶⁸ והסתיימה בקול ענות חלושה בדחייה של עתירה בנושא, לאחר שהעותרים לא הצליחו להוכיח כל קשר בין הליכוד למפעילי הרשת.⁶⁹ שנית, בשל התמריץ האדיר הקיים בשימוש באמצעים בעייתיים, ניכר שחלק מן המפלגות מעדיפות לעבור על החלטתו של השופט מלצר ולשלם את המחיר במקרה שייתפסו, וצווי

⁶³ ראו למשל: תב"כ 18/24 רשימת ימינה נ' אאוטבריין ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 01.03.2021) (להלן: עניין רשימת ימינה); תב"כ 33/23 בן גביר נ' Facebook Inc (פורסם בנבו, 01.03.2020); תב"כ 38/23 בן מאיר נ' הליכוד תנועה לאומית ליברלית (נבו 28.02.2020); תב"כ 3/22 סיעת ישראל ביתנו נ' סיעת הליכוד (נבו 10.09.2019).

⁶⁴ איתמר גרנות ורנאד עיד "פרשת 'בוטים' והסדרת תעמולת הבחירות ברשתות החברתיות" 1 (מיזם שורשים במשפט, משרד המשפטים, 2019); טל שניידר "החלטה תקדימית: איסור מודעות פוליטיות אנונימיות ברשתות" גלובס 28.2.2019 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001276111>; Brett Milano, *Israeli Supreme Court Justice on combatting propaganda in elections*, HARVARD LAW TODAY (Oct. 29, 2019), <https://today.law.harvard.edu/israeli-supreme-court-justice-on-combatting-propaganda-in-elections/>.

⁶⁵ ראו למשל את הדברים שנאמרו בהרצאתו בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד: Brett Milano, *Israeli Supreme Court Justice on Combatting Propaganda in Elections*, HARVARD LAW TODAY (Oct. 29, 2019), <https://today.law.harvard.edu/israeli-supreme-court-justice-on-combatting-propaganda-in-elections/>.

⁶⁶ עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 27, פסקה 85 להחלטתו של השופט מלצר.

⁶⁷ על קושי זה ראו: גרנות ועיד, לעיל ה"ש 64, בעמ' 6.

⁶⁸ רונן ברגמן וענבר טויזר "כך פועל מערך עצום של חשבונות מזויפים למען קמפיין הליכוד" Ynet – ידיעות אחרונות 1.4.2019 Ronen Bergman, *Twitter Network Uses Fake Accounts to Promote Netanyahu, Israel Watchdog Finds*, NEW YORK TIMES (31.3.2019), available at <https://www.nytimes.com/2019/03/31/world/middleeast/netanyahu-fake-twitter.html>.

⁶⁹ תב"כ 52/21 כחול לבן בראשות בני גנץ ויאיר לפיד נ' הליכוד תנועה לאומית ליברלית (פורסם בנבו, 5.4.2019).

המניעה אינם מרתיעים אותן.⁷⁰ בכך הן 'קונות' את הרשות להשתמש באמצעים הללו חרף החלטות יו"ר ועדת הבחירות. שלישית, לדעתנו מקומו של הסדר כה משמעותי לדיני הבחירות אינו בהחלטה שיפוטית של יושב ראש ועדת בחירות, אלא בחקיקה ראשית של הכנסת. צו המניעה שנתן השופט מלצר הוא טלאי שנועד לכסות לאקונה בחוק הקיים. הוא ניתן כצו מניעה גורף מכאן ולהבא, ולא כפתרון אד-הוקי למקרה ספציפי שהתעורר. נעיר שלא ברור מה משמעותה של החלטה זו, שכן החלטות יושבי ראש ועדת הבחירות אינן אפילו בגדר "הלכה פסוקה" המהווה תקדים המחייב את יושבי הראש הבאים. יחד עם זאת, ככלל הנוהג בפועל בין יושבי ראש הוועדה הוא לכבד את החלטות קודמיהם וכך אכן נעשה ביחס לעניין בן מאיר. בהחלטה שיפוטית זו קבע השופט מלצר את נקודת האיזון בין הזכויות המתנגשות. על אף שאנו סבורים שככלל נקודת איזון זו ראויה, עדיף שהיא תיקבע בידי המחוקק, וכך היא תישען על הסכמה רחבה. המצב כיום – שדה-פקטו נקבעה הלכה בשאלה עקרונית זו על ידי שופט יחיד, בכובעו כיושב-ראש ועדת הבחירות – רחוק מאוד מדרך המלך של חקיקה.

4. הפתרונות שהוצעו בספרות

לצד החלטותיהם של יושבי ראש ועדת הבחירות, לאורך השנים (בעיקר לאחר הבחירות לנשיאות ארצות הברית בשנת 2016) הדין הציבורי והמשפטי סביב הנושא התעצם, והועלו בספרות הצעות שונות לטיפול בבעיות שמציבה תעמולת הבחירות המקוונת. לדעתנו, גם הצעות אלה אינן חפות מבעיות, ומוכוונות גם הן לפתרון בעיות העבר. בשנת 2015, לאחר מערכת הבחירות לכנסת ה-20, מונתה ועדה ציבורית בראשות נשיאת ביהמ"ש העליון בדימוס דורית ביניש, והוטל עליה לבחון את דיני התעמולה בישראל. בסוף שנת 2017 הגישה הוועדה דו"ח נרחב ובו המלצתה לערוך רפורמה בדיני תעמולת הבחירות.⁷¹ מסקנותיה העיקריות של הוועדה נוגעות לנושאים שאינם מעניינינו, אך בקצרה נציין כי הן כוללות המלצות לבטל את האיסור לשדר תעמולת בחירות ברדיו ובטלוויזיה, לבטל הסדרים ארכאיים כגון האיסור על תעמולה בכלי שיט ועל נשיאת לפידים, לבטל את תשדירי התעמולה המוסדרים ברדיו ובטלוויזיה, להמיר את האיסורים הפליליים בקנסות כספיים, ועוד.

אחת מהסיבות לכינונה של הוועדה הייתה חוסר התאמתו של החוק לעידן האינטרנט והרשתות החברתיות, כפי שהתריעו כל יושבי-ראש ועדת הבחירות. ואכן, בפתח הדו"ח מכריזה הוועדה על כוונותיה בנוגע לאינטרנט:

אחת השאלות המרכזיות בהן התלבטה הוועדה עסקה בתחולת הסדרי החוק על האינטרנט. הוועדה קיימה דיונים רבים בסוגיה זו וכן בשינויים שחלו באמצעי התקשורת בישראל, לעניין תחולתו של חוק דרכי תעמולה. הוועדה שמעה את עמדות המומחים בתחום זה. לאור זאת, חלק מהמלצות הוועדה

⁷⁰ חנן מלצר "אינטרנט ודמוקרטיזציה של השיח הציבורי בראי מערכת הבחירות לכנסת ה-21" (הוצאה בכנס חיפה למשפט ה-11, 14.11.2019) 34:00 (14.11.2019) <https://www.youtube.com/watch?v=0ln-34:00> aQRGRMLM.

⁷¹ דו"ח ביניש, לעיל ה"ש 23.

נועדו להתאים את החוק לשינויים המתחייבים מעידן המידע והתקשורת

החדש.⁷²

ואולם, דו"ח הוועדה לא פורע את השטר שהוצב בתחילתו. היקף ההתייחסות לאינטרנט בדו"ח הוא דל למדי, ואינו עומד ביחס ישר למהפכה שעבר עולם התעמולה. בדו"ח יש רק סעיף קצר אחד שמוקדש כולו לאינטרנט.⁷³ בדומה לפסיקותיו של השופט ג'ובראן, הצעת הוועדה נסמכת על ההבחנה בין סעיפי החוק הכלליים לבין הסעיפים העוסקים במדיה ספציפית, ומציעה שרק הסעיפים הכלליים יחולו על תעמולה ברשת. מלבד קביעה כללית זו, הדו"ח נוגע בתעמולה באינטרנט במקומות ספורים נוספים. ראשית, הוצע להרחיב את חובת השקיפות ולהחילה על כל מודעת בחירות מטעם מפלגות, ולא רק על מודעות מודפסות. כאמור, הרחבה זו נעשתה כבר טרם פרסום הדו"ח, בהחלטותיהם של השופטים רובינשטיין וג'ובראן. הצעת הדו"ח היא לחוקק את ההרחבה ולקבוע בחוק דרכי התעמולה שכל מודעת בחירות תישא את שמו של האדם שאחראי להזמנתה. על פי ההצעה, חובת הזיהוי תחול "הן על פרסומים ישירים מטעם רשימות המועמדים או המתמודדים ללא תשלום [...] והן על תוכן בתשלום: אם אדם כותב דברי תעמולה [...] אך הוא מקבל תשלום ממתמודד בבחירות בעבור כתיבת תוכן זה".⁷⁴

שנית, הוועדה מציעה לקבוע חובה על ערוצי השידור בטלוויזיה וברדיו לתת ביטוי הוגן ושוויוני לכלל הדעות וההשקפות שבאות לידי ביטוי בבחירות, ולהחיל חובה זו אף על אתרי האינטרנט של ערוצי השידור. חובה זו לא תחול, לפי דו"ח הוועדה, על אתרים שאינם שייכים לגופים המורשים לשידור באינטרנט וברדיו. שלישית, הוועדה מציעה לקבוע איסור חוקי על משווקי פרסום להפלות "בין המתמודדים בבחירות בכל דרך שהיא, לרבות מחיר, מועדי פרסום ושיבוץ של תעמולת בחירות".⁷⁵ הצעת הוועדה היא להחיל איסור זה על כל מי שמשווק פרסום, ובכלל זה פרסום חוצות, פרסום בעיתונות המודפסת ופרסום בעשרת אתרי האינטרנט הנצפים ביותר בישראל העוסקים בחדשות.

אם כן, על אף שבפתח הדו"ח נכתב כי אחת ממטרותיו העיקריות היא להתאים את חוק התעמולה לעידן האינטרנט, ההתייחסות לאינטרנט ולרשתות החברתיות בדו"ח מעטה למדי. מלבד ההצעה להחיל את הוראות החוק הכלליות על הרשת, ומספר הצעות נקודתיות המתייחסות לאינטרנט, הדו"ח נמנע מצלילה לבעיות שמציבה הרשת לדיני תעמולת הבחירות. גם בנקודות בהן הדו"ח עוסק באינטרנט, הוא עושה זאת בצורה שאינה מתאימה למאפייניו של עולם התעמולה באינטרנט. כך למשל, ההבחנה בין אתרי האינטרנט של גופי השידור לבין אתרי אינטרנט אחרים (בנוגע לחובת הביטוי ההוגן) וכן ההבחנה בין עשרת אתרי החדשות הנצפים ביותר לבין שאר האתרים (בנוגע לאיסור האפליה במכירת פרסומות) מתאימות אולי לעולם התקשורת הממוסד והריכוזי, בו שולטים מספר גופים גדולים. בעולם התקשורת האינטרנטי, מרבית האזרחים צורכים את החדשות דרך הרשתות החברתיות, ומידע מופץ במהירות באמצעות רשתות בוטים. אתרי החדשות הם מגרש משחקים משני מלבד בתעמולה זו. בנוסף, החלת חובת הזיהוי רק על תוכן בתשלום אינה ישימה, כפי שצוין לעיל.

⁷² שם, בעמ' 12.

⁷³ שם, עמ' 32-34.

⁷⁴ שם, בעמ' 26.

⁷⁵ שם, בעמ' 37.

דיני תעמולת הבחירות והצורך לערוך בהם רפורמה עמדו במרכזם של שני מחקרי מדיניות שערכו המלומדים תהילה שוורץ אלטשולר וגיא לוריא, מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה. המחקר הראשון פורסם בשנת 2015, והוא היווה התמודדות מעמיקה ראשונה בספרות המשפטית בישראל עם הבעיות שבחוק דרכי תעמולה. לדבריהם, "העיקרון שמכוון את המלצותינו הוא שיש לשנות מהותית את החוק כדי להתאימו למציאות התקשורתית החדשה".⁷⁶ הרפורמה המוצעת כוללת מספר שינויים בחוק. הרעיון המנחה הוא לבטל את רוב ההסדרים הנוגעים באופן ספציפי לאמצעי תקשורת מסוימים, ובמקומם לקבוע הסדרים חוצי מדיה, ללא הפרדה על בסיס טכנולוגי.⁷⁷ כך למשל בנוגע לחובת השקיפות, בה עסקנו לעיל, מציעים המחברים להרחיב את החובה ולהחילה על כל אמצעי התקשורת, ובכללם האינטרנט, ללא הבחנה על בסיס טכנולוגי.⁷⁸

בשנת 2020 שבו לוריא ושוורץ אלטשולר וחיברו מחקר נוסף בנושא תעמולת הבחירות.⁷⁹ הפעם, התמקדו המחברים בתעמולה הדיגיטלית ובהשלכותיה. הם טענו כי עולם התעמולה הדיגיטלי מציב בפני דיני התעמולה שלושה איומים עיקריים: מניפולציה על בוחרים ויצירת "מלכודות אוטונומיה" באמצעות איסוף מידע פרטי, תפוצה מהירה ולא שקופה של מידע – ובעיקר מידע שקרי, והשפעה של גופים או מדינות זרות.⁸⁰ עם אתגרים אלה מבקשים לוריא ושוורץ אלטשולר להתמודד, באמצעות רפורמה בעלת חמישה מרכיבים: ניסוח סעיף מטרה לחוק דרכי תעמולה, שיכלול הגנה על הזכות לפרטיות; חקיקת חובת השקיפות של תעמולת הבחירות בכל סוגי תעמולת הבחירות; הגבלת השימוש במידע אישי לצורכי תעמולת בחירות; הסמכת יו"ר ועדת הבחירות להעניק צווי מניעה במקרים נוספים; ואסדרה נרחבת של אבטחת המידע המוחזק על ידי המתמודדים בבחירות.

מסמך המדיניות החדש מזהה היטב אתגרים ייחודיים שמציב האינטרנט בפני דיני תעמולת הבחירות, ומנתח לעומק את הבעיות. אולם, בחינת המסמך ממבט-על מביאה למסקנה שעיקר מטרתו היא לחזק את ההגנה על הזכות לפרטיות. ניכר כי המחברים מעניקים לה משקל רב בניתוח הבעיות ובפתרונות המוצעים. כך, הם מציעים להוסיף את הזכות לפרטיות לסעיף המטרה של החוק, להגביל את השימוש במידע אישי לצורכי תעמולה, ולאסדר את אבטחת המידע האישי שמחזיקות המפלגות. קריאה בפרק המסקנות של מחקר המדיניות מעלה כי כל סוגיה אשר מעלה ספקות באשר להיקף הזכות לפרטיות, וממילא הזכות לאנונימיות ברשת, זכתה להתעלמות מוחלטת בפרק ההמלצות. ניתן לשער שחששם של החוקרים מפגיעה בזכות לפרטיות, אשר עומדת במוקד כתיבתם,⁸¹ הוביל אותם להתעלמות מסוגיות משמעותיות ביותר: הפצת פייק ניוז, שימוש בחשבונות פיקטיביים, טכנולוגיית "דיפ-פייק" ורשתות בוטים ואוואטרים. גם במחקר מדיניות זה מוצע, למשל, להחיל את חובת השקיפות על מועמדים ומפלגות, אך גם על גופים חוץ-מפלגתיים. מעבר

⁷⁶ לוריא ושוורץ אלטשולר רפורמה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 48.

⁷⁷ שם, שם.

⁷⁸ שם, בעמ' 49–72.

⁷⁹ שוורץ אלטשולר ולוריא תעמולה דיגיטלית, לעיל ה"ש 26.

⁸⁰ שם, בעמ' 18.

⁸¹ ראו למשל: תהילה שוורץ אלטשולר פרטיות בעידן של שינוי (2012); רחל ארידור-הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר אתגר הפרטיות בפרסום יזום של מאגרי מידע ממשלתיים (הצעה לסדר 14, 2017).

לעובדה שההצעה לוקה בחוסר בהירות ובהיעדר קו גבול מבחין שיבהיר מי נופל בגדר הגדרת "גוף חוץ מפלגתי", כאמור המציאות מלמדת שקשה לאתר את הגורם שעומד מאחורי התעמולה האנונימית, כפי שממחישים דו"ח מולר האמריקאי, שבחן את ההתערות הרוסית בבחירות לנשיאות ארה"ב בשנת 2016⁸² ו"תחקיר הבוטס הגדול", אותם מזכירים המחברים.⁸³

ב. מעגלי הזיוף של תעמולת הבחירות באינטרנט

מערכות הבחירות בעידן הרשתות החברתיות מציבות בפני המשפט אתגרים חדשים שלא התעוררו במערכות הבחירות הקלאסיות. בפרק זה נעמוד על שלושה מישורים בהם מציבות הרשתות החברתיות אתגר לחופש הביטוי בתקופת בחירות; נסווג את הבעיות לשלושה מעגלים נפרדים שמקיימים זיקות ביניהם, ויוצרים שלוש רמות שונות של 'זיוף'. המעגל הראשון הוא מעגל התוכן השקרי; המעגל השני הוא מעגל האלגוריתמיקה של הרשתות החברתיות עצמן; והמעגל השלישי הוא מעגל המניפולציות של שחקני-משנה הפועלים במסגרת הרשתות החברתיות; במרבית המקרים שחקני-משנה אלה מנצלים את האלגוריתמיקה. כבר כאן נאמר: עניינו של מאמר זה הוא עיסוק במעגל המניפולציות של שחקני המשנה ולא במעגלי התוכן והאלגוריתמיקה. נציג את המעגלים השונים תוך עמידה על הקשיים שנובעים מכל אחד מהמעגלים, ונסביר מדוע בחרנו להתמקד במעגל השלישי. המעגל הראשון עניינו תוכן שקרי שמופץ ברשתות החברתיות. במעגל הזה, השקר הוא עצם העניין – המניפולציה היא מניפולציה ישירה ותוכנית על הקוראים. התופעה הכוללת ביותר שמאפיינת מעגל זה היא חדשות-כזב (fake news), מונח שהפך למרכזי בשיח הציבורי בשנים האחרונות, בעיקר לאחר הבחירות לנשיאות ארה"ב בשנת 2016. מדובר בידיעות הנחזות כחדשות אמיתיות, אך למעשה הן בדיות שמטרתן לתעתע בצרכני התוכן לצרכי תעמולה. בחדשות כזב המידע השגוי מושגל בכוונה תחילה, לשם הטעיית הקוראים.⁸⁴ על פניו, חדשות שקריות כשלעצמן אינן תופעה חדשה, וגם לפני עידן האינטרנט הופצו ידיעות שקריות. עם זאת, נראה כי בשנים האחרונות תופעה זו נעשתה נפוצה מאוד, אף כי היקפה המדויק קשה להערכה.⁸⁵ חוקרים מונים מספר מגמות שסייעו לעלייתן של חדשות הכזב: הופעתו של האינטרנט שהוריד את עלויות הכניסה לשוק התקשורת (ובכך ערער את המודלים העסקיים של ספקי חדשות שנהנו מרמות אמינות גבוהה), קיטוב חברתי הולך וגובר שהפחית את ההזדמנויות לאינטראקציות בין אנשים המחזיקים בדעות שונות, ועלייתן של הרשתות החברתיות שמאפייני האלגוריתמיקה שלהם מעצימים את ממדי התופעה באופן

⁸² ROBERT S. MUELLER, REPORT ON THE INVESTIGATION INTO RUSSIAN INTERFERENCE IN THE 2016 PRESIDENTIAL ELECTION (2019), available at <https://www.justice.gov/storage/report.pdf> (כאן ולהלן: דו"ח מולר).

⁸³ לעיל, ה"ש 68.

⁸⁴ Hunt Allcott & Matthew Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, 31 J. ECON. PERSP. 211 (2017).

⁸⁵ KOFI ANNAN COMMISSION ON ELECTIONS AND DEMOCRACY IN THE DIGITAL AGE, PROTECTING ELECTORAL INTEGRITY IN THE DIGITAL AGE 58–61 (2020); David M. J. Lazer et al., *The Science of Fake News*, 359 SCIENCE 1094, 1095 (2018).

משמעותי.⁸⁶ בנוסף ניתן לציין את היעדר הרגולציה היחסי ברשת (בהשוואה לאמצעי תקשורת מסורתיים) שמספק כר פורה למידע שקרי. בשל סיבות אלה, עוצמת בעיית חדשות הכזב באינטרנט גדולה לאין שיעור מאשר באמצעי התקשורת האחרים. בשנים האחרונות זוכות חדשות הכזב לעיסוק אקדמי רב, ופורסמו מחקרים רבים, בדיסציפלינות שונות, שעוסקים בין היתר בהגדרת המונח "fake news", במחקר אמפירי על אופן תפוצתו ועל ממדי התופעה, בניתוח הגורמים לה, המנגנונים בהם היא פועלת, ובהצעות להתמודדות עמה.⁸⁷ בשל ריבוי המחקר בנושא, ובשל סיבות נוספות עליהן נרחיב בסוף החלק הנוגע למעגל הראשון, בחרנו להתייחס לתופעה זו בקצרה בלבד, והכרענו שלא להתמודד עם חדשות הכזב בהצעתנו.

תופעה חדשה בעולם התעמולה היא הדיפ-פייק (deep-fake). מושג זה הוא הלחם של המילים Deep Learning, מונח הנוגע לטכנולוגיות 'למידה עמוקה' בתחום הבינה המלאכותית, ו-Fake – זיוף. התופעה מתארת מניפולציה דיגיטלית של צליל, תמונות או וידאו כדי להתחזות למישהו או לגרום לו להראות כאילו עשה משהו שלא נעשה מעולם. הטכנולוגיה מבוססת בינה מלאכותית מאפשרת ליצור חיקוי באופן שיהיה מציאותי ביותר, עד כדי כך שהמתבונן ללא סיוע מקצועי לא יכול לזהות את הזיוף. במובנים תיאורטיים רבים הדיפ-פייק היא פשוט מקרה פרטי של פייק-ניו.⁸⁸ בתצורתו הרגילה הוא מהווה דיס-אינפורמציה בדומה לכל פרסום תוכן כוזב, בכך שהוא מייצר מניפולציה על תודעת הצרכנים. על רקע זאת בהחלט ניתן לסווג את תופעת הדיפ-פייק במעגל הראשון שעניינו הוא התוכן השקרי. אולם, במובנים מסוימים, וחשובים לעניינו, ניתן לחשוב על התופעה של דיפ-פייק כמשתייכת למעגל השלישי – קרי, למעגל המניפולציה של שחקני משנה במרחב הרשתות החברתיות, כפי שנסביר בהמשך.

הבעיות שקשורות למעגל זה – ובראשן חדשות-הכזב והדיפ-פייק – מתעוררות ביתר שאת בתקופת בחירות. מפלגות ומועמדים בבחירות מפיצים תוכן שקרי באופן נרחב, מסוגים שונים ולמטרות שונות.⁸⁹ הם מכחישים פרסומים הנוגעים להם, מפיצים חדשות-כזב במטרה להכפיש מועמדים אחרים, זורים דיס-אינפורמציה על הליכי הבחירות ויוצרים סרטוני דיפ-פייק במטרה להטעות את הבוחרים. התמריצים לכך ברורים: המלחמה על ליבו של הבוחר היא קשה וסוערת, הרווח הגדול עשוי להיות הטיית הכף לעבר זכייה בבחירות, והפצת תוכן שקרי, במיוחד בעידן האינטרנט, מסייעת היטב במאבק זה. מחקרים הוכיחו שחדשות-כזב פוליטיות הופצו מהר יותר, הגיעו ליותר משתמשים, וחדרו עמוק יותר לשיח ברשת – מאשר

⁸⁶ שם, בעמ' 1094–1095; לגבי עיצובן של הרשתות החברתיות ראו להלן, ביחס למעגל השני.

⁸⁷ ראו למשל, מעט מני רבים: Soroush Vosoughi, Deb Roy & Sinan Aral, *The Spread of True and False News Online*, 359 SCIENCE 1146 (2018); Edson C. Tandoc Jr., Zheng Wei Lim Allcott & Richard Ling, *Defining "Fake News"*, 6 DIGIT. JOURNALISM 137 (2018)

Gentzkow, לעיל ה"ש 84; David M. J. Lazer et al., לעיל ה"ש 85.

⁸⁸ לתמיכה ברעיון הזה ראו מחקרים שטוענים שטכנולוגיות הדיפ-פייק אינן בהכרח יעילות יותר במטרות הטעיה מחדשות כזב. ראו: Soubhik Barari, Christopher Lucas & Kevin Munger, *Political Deepfakes Are As Credible As Other Fake Media And (Sometimes) Real Media* (Apr. 2021) (unpublished manuscript), <https://osf.io/cdfh3/>

⁸⁹ ראו לדוגמה בדו"ח של חברת vocative המנטרת פייק-ניו ברשת: *vocative פייק ניו בחירות 2019 – סיכום ניתוח מגמות 4* (2019) <https://pic-upload.ynet.co.il/news/fakenews.pdf>

חדשות-כזב בתחומים שאינם פוליטיים.⁹⁰ מעגל התוכן השקרי והבעיות הכלולות בו משפיעים השפעה עמוקה ורחבה על מערכות הבחירות ברחבי העולם, ומשכך פוגעים בחלק מן העקרונות והתכליות של דיני הבחירות, שהוזכרו לעיל. הפגיעות העיקריות הן בזכות לבחור במובנה המהותי (הכולל את האפשרות לבחור תוך הישענות על נתוני אמת), בטוהר הבחירות והגינותן, ובמניעת הטעיה של הבוחרים – כולן תכליות של דיני התעמולה שהוכרו בפסיקה ובספרות.⁹¹ בנוסף, ניתן לטעון כי מתקיימת פגיעה גם בזכות לחופש הביטוי הפוליטי במובנה הרחב, הכולל את האפשרות להחליף דעות בהתבסס על אמיתות ואת ההכרח לומר אמת לבוחרים, במטרה שכל אזרח יוכל לבחור בצורה מודעת ומושכלת.⁹² עם זאת, ולמרות חשיבותו, ישנם טעמים רבים להכרעה שלא להתמודד באופן רגולטורי עם מעגל התוכן השקרי. ראשית, בספרות המחקר מקובלת ההבחנה בין אסדרה מבוססת תוכן לאסדרה מבוססת אופן הפצה – כאשר הגבלת ביטוי בצורה תלוית תוכן (content-based) נתפסת כלא ניטרלית, וממילא כבעייתית הרבה יותר.⁹³ לענייננו, הבחנה זו קרובה להבחנה בין המדיום (אופן הפצה) לבין המסר (מבוסס תוכן).⁹⁴ שנית, יש חשש ממשי שניסיון לצנזר ולחסום ביטויים, במיוחד בתקופת בחירות, משול לניסיון לכבות מדורה בעזרת ג'ריקן של דלק. ניסיון 'לכבות' את הביטוי ישיג את התוצאה ההפוכה: הביטוי רק יתפשט יותר, וההגבלה עלולה להיתפס כניסיון להתערב בבחירות לטובת הצד שכנגד. שלישית, ישנם שיקולים מסדר שני מדוע לא להתערב בתוכן, ואלו שיקולים כבדי משקל: קשה, ואולי אי אפשר להכריע מי הגורם המוסמך להכריע מה יחשב לתוכן כזב שאותו ראוי להגביל. הקושי אינו רק בשאלה מי יכריע, אלא גם בשאלה כיצד להכריע מה נכלל בגדר 'תוכן שקרי'. ברמה הפרקטית קשה למתוח קו גבול מתי דבר יחשב לאמת ומתי לשקר, במיוחד כאשר נאום או סרט קמפיין מערב בתוכו אמיתות עם שקרים.⁹⁵ רביעית, תופעות של הפצת תוכן שקרי אינן מיוחדות לאינטרנט ולרשתות החברתיות – באותה מידה פוליטיקאי יכול לשאת נאום מלא שקרים גם בכיכר העיר – ומבחינה זו אין מדובר בתופעה אינטרנטית גרידא. יחד עם זאת, כפי שהסברנו לעיל האינטרנט העצים את הפייק-ניוז וניתן לראות בו תופעה שונה באופן מהותי מזו שקדמה לאינטרנט.

מצירוף ארבעת השיקולים האלה יחד אנו סבורים שאסדרה ישירה של תוכן כוזב אינה רצויה; לכן עמדתנו העקרונית היא שאין לנסות להתמודד ישירות עם פייק-ניוז באמצעים רגולטוריים ישירים המגבילים את תוכן הביטוי. אולם הכרעה שאין לטפל בכך ישירות אין פירושה שיש לזנוח את הבעיות הללו לחלוטין. נראה לנו כי ההתמודדות עם אתגרי המעגל השלישי שנציע בהמשך המאמר – ניסיון התמודדות עם שחקני המשנה ברשתות החברתיות – תפחית במידה ניכרת את האפשרויות להפצת חדשות כוזב. בכך היא תתמודד בצורה עקיפה

⁹⁰ Vosoughi, Roy & Aral, לעיל ה"ש 87, בעמ' 1148.

⁹¹ לעיל, ה"ש 27.

⁹² עניין **עוצמה לישראל**, לעיל ה"ש 24, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

⁹³ ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** 455 (2016).

⁹⁴ הבחנה זו נעוצה בכתביו של הפילוסוף מרשל מקלוהן, שטבע את הביטוי הידוע "המדיום הוא המסר".

בהמשך נרחיב על הבחנה זו.

⁹⁵ ברמה עמוקה יותר, בעקבות תיאוריות פוסט-מודרניות המערערות על קיומה של אמת אובייקטיבית אחת,

מתחדד הקושי בניסיון להכריע איזה תוכן מהווה תוכן שקרי.

גם עם אתגרי המעגל הראשון, זאת מבלי להיכנס לתחום הבעייתי של התמודדות ישירה עם התוכן.

המעגל הרחב ביותר הוא המעגל השני, שעניינו האלגוריתמיקה של הרשתות החברתיות. במעגל זה הבעיות נובעות מהארכיטקטורה של הרשתות החברתיות. האופן שבו התאגידים מצביעים את חווית המשתמש רחוק מלהיות סתמי. האלגוריתמים קובעים לאיזה מידע ייחשף הצרכן, במטרה להשיג את מירב תשומת הלב שניתן. חוקרים עמדו על חשיבותה של תשומת הלב של המשתמשים להצלחה העסקית של הרשתות החברתיות, והסבירו כי המודל הכלכלי שלהן נשען על פרסום, כך שככל שהאלגוריתם ישאיר את המשתמש זמן רב יותר מול הפיד – לרשת החברתית תהיינה יותר הזדמנויות להציג לו פרסומות, וכך להרוויח יותר.⁹⁶ הרשתות החברתיות מוכרות את תשומת הלב של המשתמשים לחברות פרסום. החשיבות של תשומת הלב של הצרכנים עבור הרשתות החברתיות כה גדולה, עד שהיא זכתה לכינוי "כלכלת תשומת לב" (Attention Economy).⁹⁷ לצד תשומת הלב, התאגידים מקבלים גם מידע רב אודות המשתמשים – העדפות, תחומי העניין, עמדות פוליטיות, תחושות ורגשות ביחס לסוגיות שונות. המידע מאפשר לאלגוריתמים לחשוף משתמשים למידע מותאם עבורם, שאמור לתפוס את תשומת הלב של הצרכנים, אותו מוכרות הרשתות החברתיות למפרסמים.

הבעיות שנובעות מהארכיטקטורה של הרשתות החברתיות והאלגוריתמים שבבסיסן הן רבות מאוד. כותבים רבים ביקשו לעמוד על הקשיים והבעיות שנוצרות ממעגל זה, ביניהם משפטנים, פסיכולוגים, אקטיביסטים ופילוסופים. זרקור מיוחד הופנה לבעיית הקיטוב, הנובעת מהעובדה שהאלגוריתם מבצע חשיפה סלקטיבית לתכנים ברשתות החברתיות. במחקר זכתה החשיפה הסלקטיבית הזו לכינוי בעיית "תיבות התהודה" (echo chambers)⁹⁸ או בשם אחר "בועות פילטר" (filter bubbles).⁹⁹ בעיה זו קשורה בטבורה לתעמולה ברשת ולהשפעה על הבחירות ולכן נפרט ביחס אליה. יחד עם זאת, מכיוון שמטרת המאמר אינה להתמודד עם בעיות אלה נדון בהן בקצרה.

מבין המנגנונים הפסיכולוגיים שעליהם מבוססות הרשתות החברתיות, נראה שהטיית האישוש (Confirmation Bias) היא מרכזית, במיוחד בכל הנוגע להשפעה על החלפת

⁹⁶ אחד מן המשאבים הכלכליים החשובים הוא תשומת לב של הצרכנים. זאת מכיוון שחברה שמשיגה קשב ותשומת לב של צרכן מקבלת הזדמנות להציג בפניו פרסום של מוצר, וכך לנסות למכור לו אותו. תעשיית הפרסום כולה נשענת על הניסיון ללכוד תשומת לב של צרכנים בדרכים שונות, אך הרשתות החברתיות הביאו את יכולות רכישת תשומת הלב של הצרכנים למדרגה חדשה. ראו : TIM WU, THE ATTENTION MERCHANTS: THE EPIC SCRAMBLE TO GET INSIDE OUR HEADS (2017). הסקירה להלן מתבססת על ספרו של מיכה גודמן **מהפרת הקשב** (2021). להרחבה ראו שם.

⁹⁷ Wu, לעיל ה"ש 96.

⁹⁸ KATHLEEN H. JAMIESON & JOSEPH N. CAPPELLA, ECHO CHAMBER: RUSH LIMBAUGH AND THE CONSERVATIVE MEDIA ESTABLISHMENT (2010).

⁹⁹ ELI PARISER, THE FILTER BUBBLE: WHAT THE INTERNET IS HIDING FROM YOU (2011); CASS R. SUNSTEIN, #REPUBLIC: DIVIDED DEMOCRACY IN THE AGE OF SOCIAL MEDIA (2018). על ההבחנה בין בועות פילטר לתיבות תהודה ראו: C. Thi Nguyen, *Echo Chambers and Epistemic Bubbles*, 17 EPISTEME 141 (2020).

הדעות והשיח הפוליטי.¹⁰⁰ בעיקרה, ההטיה עוסקת בצורה שאנשים מתייחסים למידע חדש. ההטיה גורמת לפרשו באופנים שיתאימו לדעות, לתיאוריות, ולאמונות שלנו. משקל נמוך יותר ויחס שלילי מיוחס למידע שסותר עמדות קודמות. מנגד, למידע שתואם את תפיסת העולם המוקדמת מיוחס משקל משמעותי יותר. הרשתות צוברות מספיק מידע על המשתמשים באופן שמאפשר לחברות לעשות 'פרופיילינג' למשתמשים – לפענח את העמדות והרגשות שלהם, וכך לבנות פרופיל זהות מקיף אותו יחשפו לתכנים המתאימים.¹⁰¹ על רקע תיאור זה ניתן להבין טוב יותר את בעיית בועות הפילטר. הבעיה מתארת את התופעה הרווחת במיוחד ברשתות החברתיות בה אדם מוקף ברשת של מידע בנושא מסוים, אך הוא אינו נחשף לקולות רלוונטיים אחרים בנושאים הללו. כך, נוצרת סביבו 'בועת פילטר' שמהדהדת רעיונות דומים שוב ושוב, בצורה סלקטיבית. השומע כמו 'כלוא' בתוך בועה, מבלי להיחשף לרעיונות אחרים ומנוגדים. הבעיה מתגברת כאשר לאדם המוקף בבועה אין מודעות לעובדה שהוא כלוא בתוכה. במצב כזה, תחושתו של אותו אדם היא שהוא מקבל תמונת עולם מלאה. המשתמש עלול שלא לקחת בחשבון את הסלקטיביות של המידע שנובעת מהעובדה שהאלגוריתמים מסננים את המידע בהתאם לפרופיל האישי שלו. הבעיה של בועות פילטר משקפת עיוות של האמת. הפעם לא במובן של פייק-ניוז, אלא בכך שתמונת עולם שנחזית כתמונת עולם מלאה המכסה את מכלול העובדות והדעות המושמעות – היא למעשה בועת פילטר שבה התכנים נבחרים בקפידה כך שיתאימו לצרכן הספציפי. בכך רשת מידע כזו אינה מעניקה כיסוי רחב ומייצג של כל המידע הרלוונטי בסוגיה מסוימת.¹⁰² מובן שבתקופת בחירות, כאשר נדרשת לבחורים לצורך בחירה מושכלת תמונת מצב מלאה ככל הניתן, מצב של כיסוי סלקטיבי הוא בעייתי ביותר.

נראה שהתופעות הללו מובילות באופן ישיר לקיטוב הולך וגובר. למעשה, קיטוב זה נוצר בשני אופנים משלימים: ראשית, הצרכנים נחשפים לתמונת עולם חלקית – תמונת עולם תואמת לפרופיל שלהם עצמם ולא לעמדות נגדיות. שנית, הם הולכים ומשתכנעים בעמדתם, לא רק כי עמדות נגד אינן קיימות, אלא כי הסביבה שלהם יוצרת הדהוד של הרעיונות והאמונות שבהן הם מאמינים כבר מראש.

הקיטוב הנוצר בשל אפקטים אלה חמור במיוחד בתקופת הבחירות. כאמור, האינטרנט הפך זה מכבר ל"כיכר העיר" החדשה, והשיח ציבורי משמעותי סביב הבחירות נערך ברשתות החברתיות.¹⁰³ שיח ציבורי זה הוא קריטי לקיומה של מערכת בחירות חופשית ומאוזנת, שכן הוא נועד להבטיח פלורליזם ואפשרות ממשית להחלפת דעות, עקרונות העומדים בבסיס הרציונלים של תעמולת הבחירות. אפקט בועות הפילטר מתנגש חזיתית עם רציונלים אלה, שכן הוא אינו מאפשר לאנשים להיחשף לדעות שונות וכך להחליף את דעתם או לחשוב עליה בצורה ביקורתית. רק חשיפה לעמדות השונות והמגוונות מבטיחה הליך בחירה ראוי. בועות

¹⁰⁰ Silvia Knobloch-Westerwick et al., *Political Online Information Searching in Germany and the United States: Confirmation Bias, Source Credibility, and Attitude Impacts*, 65 J. COMMUN 489 (2015).

¹⁰¹ בלב פרשיית קמברידג' אנליטיקה עמדו בדיוק פרופילים אלה – של אפיון זהותם של המשתמשים. ראו להלן, ה"ש 116.

¹⁰² סנפורד גולדברג מונה בספרו את הבעיה הזו כבעיית "אמינות כיסוי": SANFORD C. GOLDBERG, *RELYING ON OTHERS: AN ESSAY IN EPISTEMOLOGY* 93–94 (2010).

¹⁰³ ראו לעיל ה"ש 3–4.

פילטר שגורמות לכך שאזרחים נחשפים לתמונת עולם חלקית וצרה מעוררות שאלות כבדות ביחס ליכולת האמיתית לבחור.

בעיה זו של בועות הפילטר היא בעיה קשה ואמיתית. בגללה ובגלל טעמים רבים נוספים נשמעים קולות רבים המבקשים לטפל בבעיות שנוצרו בעידן האינטרנט ובמיוחד בשל הרשתות החברתיות. הניסיונות לרסן את כוחן של חברות הענק לא פסח גם על הפוליטיקה: בשנים האחרונות נעשו ניסיונות רבים להתמודד עם מקצת הבעיות שיוצרות ענקיות האינטרנט. בין היתר נערכו בארצות הברית שימועים למנהלי חברות האינטרנט הגדולות – מנכ"ל פייסבוק מארק צוקרברג, מנכ"ל גוגל סונדאר פיצ'אי, ומנכ"ל טוויטר ג'ק דורסי.¹⁰⁴ אכן, הקשיים שהרשתות החברתיות יוצרות הם קשיים אמיתיים, ונכון לימים אלו, גם כוח בסדר גודל של מעצמת-על כמו ארצות הברית מתקשה לרסן את ענקיות האינטרנט. מעבר לקושי להתמודד עם ענקיות האינטרנט, מבחינה תיאורטית הבעיות האלה חורגות בהרבה ממסגרת הניתוח שאנו עורכים כאן, ולפיכך לא נבקש להתמודד עם בעיות אלה במסגרת רשימה זו.¹⁰⁵ אולם הבנת האופן שבו פועלות הרשתות החברתיות, הבנת הפסיכולוגיה האנושית אשר מושפעת מהן, ובמיוחד, הבנת היותו של האלגוריתם שחקן מפתח – חשובות לצורך המשך הדיון.

ג. המעגל השלישי – מניפולציה על האלגוריתמיקה

בפרק הקודם עמדנו על שני המעגלים הראשונים שיוצרים בעיות במרחב הרשתות החברתיות. המטרה בעמידה על המעגלים היא כפולה: היא חשובה מבחינה אנליטית. היא נועדה להפריד בין בעיות שונות שנובעות ממעגלים שונים. אך בו בעת היא ביקשה להקדים ולהסביר את מיקוד הדיון במעגל השלישי – הוא מעגל המניפולציות. בפרק הזה נרחיב ונפרט על האופי של המניפולציות שנעשות על ידי השחקנים שפועלים במגרש התעמולה – מי השחקנים הפועלים בתחום, באיזה דרכים הם פועלים ומה מטרותיהם. להגדרת הבעיות המצויות במעגל זה באופן בהיר ומפורט ישנה חשיבות רבה, זאת מכיוון שרק כך ניתן יהיה להציע דין רצוי שייתן להן מענה הולם. ראשית נעמוד על מי הם הגורמים שעשויים לבצע מניפולציות ברשתות, ולאחר מכן נפרט על המניפולציות השונות שבוצעו, ושניתן לשער שיבוצעו, בתעמולת הבחירות ברחבי העולם.

המעגל השלישי הוא המעגל של המניפולציות של שחקני-משנה במרחב הרשתות החברתיות. במעגל זה כלולים אותם גורמים המבקשים לנצל את הפלטפורמה של הרשתות החברתיות לצורכם. בדרך כלל, מעגל זה נשען באופן עמוק על המעגל הקודם: מעגל

¹⁰⁴ *Big Tech C.E.O.s Face Lawmakers on Disinformation*, NY TIMES (Mar. 25, 2021),

<https://www.nytimes.com/live/2021/03/25/business/social-media-disinformation>

¹⁰⁵ התמודדות עם המעגל הזה מחייבת עיסוק מקיף ונרחב באופיין של הרשתות החברתיות באופן כללי. אסדרה מסוג זה מעוררת קשיים ניכרים באשר לשאלות של תחולה אקס-טריטוריאלי של הסדרים ורגולציה בינלאומית, הגבלים עסקיים, איזונים בין זכויות שונות ועוד. בהתאם, עיסוק בכך חורג מגדרי המאמר, המבקש להתמקד בהקשר של תעמולת בחירות. עם זאת, נציין שבישראל ניתן למצוא ניצנים של הליכה בכיוון של אסדרת הרשתות החברתיות עצמן. כך למשל, שר המשפטים גרעון סער הקים ועדה שתפקידה העיקרי הוא לבחון את הסדרים משפטיים הקשורים לרשתות החברתיות. ראו "הועדה להתאמת המשפט לאתגרי החדשנות והאצת הטכנולוגיה החלה את עבודתה" **משרד המשפטים** (15.11.2021) <https://www.gov.il/he/departments/news/davidi-committee>

המניפולציות לעיתים קרובות מבוסס על הארכיטקטורה של הרשתות החברתיות. מדובר במפלגות, מדינות זרות, בעלי עניין ואנשים פרטיים שמודעים לאופן הפצת התכנים ברשתות החברתיות, ומנצלים זאת לצרכי תעמולה. הפנמת חשיבותו של האלגוריתם מאפשרת לגופים לתפלל (manipulate) אותו כדי להשיג את מבוקשם.

המעגל הזה נבדל משני המעגלים הקודמים עליהם עמדנו במובנים חשובים. ראשית, הוא אינו נוגע לתוכן עצמו. בשונה ממעגל התוכן, ובדומה למעגל האלגוריתמיקה, גם המעגל של המניפולציות עוסק במדיום ולא במסר. שנית, הוא אינו נוגע לחברות הטכנולוגיה הגדולות ותאגידי הענק הגלובאליים. עניינו בשחקנים שפועלים במגרש תעמולת הבחירות של המדינה תוך ניסיון בלתי-לגיטימי להשפיע על הבחירות. אמנם יכול להיות שהכוחות שיפעלו יהיו כוחות חזקים ובעלי אינטרסים – כמו מדינות, מפלגות שלטון וכדומה, אך פעולתם במסגרת התעמולה ברשתות תמיד תהיה כפופה לאופן ההפצה של הרשתות החברתיות, ותתבסס על ניסיון לנצל זאת לצורכי התעמולה שלהם. במובן הזה, כוחם של גופים הנשענים על התשתית של הרשתות החברתיות הוא מוגבל. ממילא, התמודדות עם האתגרים שהם מציבים תהווה אף היא פתרון המבקש להתמודד עם גופים אלה, ולא עם הרשתות עצמן.

הגורמים שמבצעים מניפולציות בתקופת בחירות הם גורמים שיש להם אינטרסים בתוצאות הבחירות. בראש ובראשונה, מדובר במפלגות עצמן, שלהן יש את האינטרס הגדול ביותר להשפיע על תוצאות הבחירות. לצדן של המפלגות גורמים נוספים פועלים במישור זה. בשנים האחרונות נשמעו טענות רבות על התערבות של מדינות זרות בבחירות במדינות שונות, ובין היתר בבחירות לנשיאות ארצות הברית בשנת 2016, לגביהן קבעו מספר דו"חות רשמיים כי רוסיה הפעילה מניפולציות רבות על האלגוריתמים של הרשתות, בדמות רשתות בוטים ואוטוארטים שתמכו בדונלד טראמפ.¹⁰⁶ שחקנים נוספים שעשויים להשתמש בטכניקות אלה הם גורמים עסקיים בעלי עניין, וכן שחקנים פרטיים בעלי יכולות שמעוניינים להשפיע על הבחירות. חלק מהמניפולציות נעשות על ידי חברות שמתמחות בכך ומפתחות תשתית למניפולציות, ואליהן פונים הגורמים בעלי העניין כדי שיבצעו זאת.

מה הן אותן מניפולציות שאותן מפעילים שחקנים אלה? כפי שצינו בפרק הקודם, הרשתות החברתיות נשענות על אלגוריתם שקובע בכל רגע נתון אילו תכנים יזכו לחשיפה רבה ואילו לחשיפה מעטה, מי יחשף לכל תוכן, כיצד ייראה הפיד של כל אחד, אילו הצעות למעקב הוא יקבל, ועוד. במטרה להשאיר את המשתמש באתר כמה שיותר זמן, האלגוריתם בוחר עבורו את הפרסומים שיעשו זאת בצורה הטובה ביותר. שחקנים שונים שפיצחו את דרכי עבודתו של האלגוריתם, והבינו כיצד הוא בוחר אילו תכנים לקדם, מבצעים עליו מניפולציות וכך מגדילים את החשיפה לתכנים אותם הם מקדמים. המניפולציות האמורות יכולות להיות מסוגים שונים:

אווטורים ובוטים. אווטורים הם משתמשים שמאחוריהם עומד אדם אותנטי שמתמשך בזהות בדויה.¹⁰⁷ חלק מהאווטורים אינם מסתירים את העובדה שזהותם בדויה ואילו אחרים מנסים לשוות לזהות הבדויה אותנטיות. האנונימיות מאפשרת לאווטורים להסתיר את זהות האדם האמיתי שעומד מאחוריהם, כך שפרופיל ששייך למשל לפוליטיקאי יכול להפיץ

¹⁰⁶ לעיל, ה"ש 82.

¹⁰⁷ עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 27, פסקה 80 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר; שורץ אלטשולר ולוריא תעמולה דיגיטלית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 49.

מסרים התומכים בו, בלי שיוודע שלמעשה מדובר בפוליטיקאי עצמו. לעתים משמשים חשבונות אלה כ'טרולים' – משתמשים שמשמיעים ומגיבים באופן לא ענייני. בוטים (מלשון רובוט) הם חשבונות ברשתות החברתיות המופעלים על ידי תוכנה אוטומטית, כלומר משתמשים שלא עומד מאחוריהם אדם אמיתי.¹⁰⁸ רוב הבוטים הם למעשה פיסות קוד שמופעלות ממרכז שליטה, ומבצעות פעולות שונות, כגון פרסום פוסט, לייק או שיתוף. חלקם קיימים רק כדי להוסיף עוקבים למשתמש מסוים, וחלקם גם מהדהדים את מסריו.

לרוב, בוטים אינם מופעלים כחשבון יחיד, אלא כרשת בוטים – מספר רב של חשבונות כאלה, העוקבים אחד אחרי השני, מה שמגדיל את אמינותם ואת כוחם ברשת החברתית.¹⁰⁹ לעתים ברשת הבוטים משולבים אוואטרים, שאת המסרים שלהם הרשת מהדהדת. הבוטים מהדהדים את המסרים אלה של אלה, כך שלתוכן נוצרת תהודה גדולה (ופיקטיבית). תהודה זו מהווה מניפולציה הן על האלגוריתמיקה של הרשתות והן על המשתמשים. כאמור, האלגוריתמיקה של הרשתות מעניקה משקל לתפוצה של התכנים, כך שפוסט שהודהד על ידי רשת בוטים יקודם באופן לא-פרופורציונלי ביחס לתפוצתו אם לא היה מהודהד על ידי הרשת. מניפולציה זו על האלגוריתמיקה יוצרת מניפולציה חמורה יותר, על המשתמש התמים, בכמה רמות. ברמה הראשונה, המשתמש רואה שהפוסט או הציוץ קיבלו תמיכה רחבה, ולפיכך מעניק לתוכן משקל רב יותר. כך יכולות הרשתות להפיץ פייק-ניוז, שייתפס כאמין אצל הקוראים בשל מספר המקורות הרב שיפיץ אותו. מחקרים מוכיחים כי ככל שהפעמים שבהן נחשפים לביטוי רבות יותר, כך גדלה אמינותו.¹¹⁰ ברמה השנייה, המשתמש שאינו מכיר את אפקט בועות הפילטר (שתואר בהרחבה בפרק הקודם) סבור שהעמדות שהוא רואה בפיד שלו מייצגות את העמדות בעולם האמיתי. הוא אינו מודע לכך שהאלגוריתם של הרשתות חושף בפניו בעיקר עמדות שהוא מסכים איתן, על מנת להשאירו זמן מירבי ברשת. אך חמור מכך, הוא אינו מודע לכך שחלק ניכר מהמשתמשים אליהם הוא נחשף הם חלק מרשתות של בוטים ואוואטרים, ולא אנשים אמיתיים. הגורמים שמשתמשים ברשתות הללו מנצלים את אפקט בועות הפילטר, ומפיצים תעמולה שגם נחזית להיות אותנטית, וגם מקצינה את הקיטוב שכן מי שצפוי להיחשף לפוסטים של הרשתות הם אלו המזדהים עם העמדות שלהן. יש לשים לב שהפרובלמטיקה המתוארת נוצרת בחסות האנונימיות.¹¹¹ העובדה שפתיחת דף ברשתות היא מהירה וקלה, ואף לא כרוכה בתשלום, וכן האפשרות לפתוח פרופיל מזויף תחת מעטה אנונימי הן שמאפשרות יצירת רשתות בוטים ואוואטרים שיוכלו לבצע מבצעי השפעה על התודעה.

Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, 117 MICH. L. REV. 547, 566-567 (2018); ¹⁰⁸

Madeline Lamo & Ryan Calo, *Regulating Bot Speech*, 66 UCLA L. REV. 988, 993-1002 (2019).

Guido Caldarelli et al., *The role of bot squads in the political propaganda on Twitter*, ¹⁰⁹ 3 COMMUN PHYSICS (2020).

Gordon Pennycook, Tyrone D. Cannon & David G. Rand, *Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News*, 147 J. EXPERIMENTAL PSYCH. 1865 (2018) ¹¹⁰

Sharon Haleva-Amir and Karine Nahon, *Electoral Politics on Social Media: The Israeli Case*, in THE ROUTLEDGE COMPANION TO SOCIAL MEDIA AND POLITICS 471, 475-476 (Axel Bruns et al. eds., 2016) ¹¹¹

רשתות בוטים ואוואטרים קיימות ברשתות החברתיות לא רק בתקופת בחירות, והן משמשות למטרות שונות שאינן פוליטיות בהכרח. עם זאת, רשתות אלה מהוות כלי רב עוצמה במלחמה על ליבו של הבוחר, בשל המאפיינים הייחודיים עליהם עמדנו. במערכות הבחירות האחרונות ברחבי העולם נעשה שימוש נרחב בבוטים ובאוואטרים במטרה להשפיע על תוצאות הבחירות. כדוגמאות ניתן למנות את "דו"ח הבוטים הגדול" שהוזכר לעיל,¹¹² את רשתות הבוטים והאוואטרים שהשפיעו על הבחירות לנשיאות ארה"ב,¹¹³ ואת ההשפעות על משאל העם בבריטניה בנוגע לעזיבת האיחוד האירופי ('Brexit').¹¹⁴

מיקרו-טרגטינג. מיקרו-טרגטינג הוא שימוש במידע אישי שנאסף מהרשתות החברתיות על מנת ליצור פרסום מדויק, מותאם אישית ותפור למידתו של הגולש.¹¹⁵ איסוף המידע וניתוחו יכול להיעשות הן על ידי הרשתות החברתיות והן על ידי חברות אחרות. הרשתות החברתיות אוספות בצורה מתמדת נתונים על המשתמש, כגון אילו פוסטים הוא קורא ועל אילו הוא מדלג, מתי הוא נוהג לגלוש, אחרי מי הוא עוקב, היכן הוא נמצא, עם מי הוא מדבר ועוד. חברות אחרות יכולות להשתמש במידע הפומבי המצוי בפרופילים של המשתמשים, או לאסוף עליהם מידע נוסף, פרטי יותר, באמצעות התקנת תוכנות שנראות תמימות. באמצעות טכנולוגיות של למידת מכונה, נבנה פרופיל אישיות מדויק של הגולש, ואת הפרופיל הזה מוכרות החברות לגורמים המעוניינים בכך. בתקופת בחירות, מידע זה יכול לשמש מפלגות במטרה לזהות מצביעים מתנדנדים, לפלח בצורה מעמיקה קבוצות באוכלוסייה, ולנצל את נקודות התורפה שלהן.

דוגמא מובהקת לשימוש במיקרו-טרגטינג בתקופת בחירות היא פרשת קיימברידג' אנליטיקה.¹¹⁶ הפרסומים לגבי פרשה זו טענו שחברה בריטית בשם "קיימברידג' אנליטיקה" הפיצה בקרב משתמשי פייסבוק שאלון תמים בשם "thisisyourdigitallife", שחלק ממיליוני התבקשו המשתמשים לאשר לאפליקציה לשאוב נתונים מפרופיל הפייסבוק שלהם. 270 אלף משתמשים התקינו את האפליקציה, והחברה אספה את הנתונים שלהם, אך גם של חבריהם – יותר מ-50 מיליון משתמשים שמידע אודותיהם נאסף ונותח, בלי שהם יודעים על כך. באמצעות נתונים אלו בנתה החברה פרופיל אישיות של מאות מיליוני מצביעים. מפלגות ששכרו את שירותי החברה השתמשו בנתונים הללו כדי למקד את המסרים ולנצל את נקודות

¹¹² לעיל ה"ש 68.

¹¹³ לעיל ה"ש 82; Philip N. Howard, Samuel Woolley & Ryan Calo, *Algorithms, bots, and political communication in the US 2016 election: The challenge of automated political communication for election law and administration*, 15 J.INFO.TECH. & POL. 81 (2018)

¹¹⁴ Marco T. Bastos & Dan Mercea, *The Brexit Botnet and User-Generated Hyperpartisan News*, 37 SOC. SCI. COMPUT. REV. 38 (2017)

¹¹⁵ Ira S. Rubinstein, *Voter Privacy in the Age of Big Data*, 2014 WIS. L. REV. 861, 882-883 (2014); Matthew Crain & Anthony Nadler, *Political Manipulation and Internet Advertising Infrastructure*, 9 J. INFO. POL'Y 370, 378-379 (2019)

¹¹⁶ לסקירה עיתונאית של פרשה זו ראו: THE GUARDIAN, THE CAMBRIDGE ANALYTICA FILES. ; עורד ירון "כל מה שאתם צריכים לדעת על פרשת פייסבוק וקיימברידג' אנליטיקה" **הארץ** (19.3.18) <https://www.haaretz.co.il/captain/net/premium-MAGAZINE-1.5914773>. למבט אקרמי יותר ראו: ANDREAS JUNGHER ET AL., *RETOOLING POLITICS: HOW DIGITAL MEDIA ARE SHAPING DEMOCRACY* 125-130 (2020)

התורפה הפסיכולוגיות של מצביעים ספציפיים. המצביעים נחשפו למסרים שנתפרו במיוחד עבורם ושלא הגיעו למצביעים אחרים. נטען כי השימוש באמצעים אלה השפיע רבות על הבחירות לנשיאות ארצות-הברית ב-2016, ועל ה-Brexit.

דיפ-פייק. כאמור, לעיל סיווגנו את תופעת הדיפ-פייק כמשתייכת למעגל הראשון, משום שמבחינה מסוימת מדובר במקרה פרטי של פייק-ניוז. אולם, אנו סבורים שתופעה זו משתייכת גם, ואולי אף בעיקר, למעגל השלישי. על מנת להסביר זאת, נזכיר בקצרה את הבחנתו הידועה של מרשל מקלוהן בין המדיום לתוכן. המדיום הוא הכלי הנושא את התוכן, אמצעי התקשורת באמצעותו מופצים רעיונות. מקלוהן טבע את הביטוי הידוע "המדיום הוא המסר", כלומר שאופיו של המדיום, דהיינו הכלי בו מועבר התוכן, משמעותי יותר מהתוכן עצמו.¹¹⁷ הוא מדגים זאת על אור החשמל:

אור החשמל הוא מידע טהור. זהו מדיום בלי מסר. [...] לא חשוב אם אור זה משמש להארת ניתוח מוח או משחק בייסבול לילי. אפשר לטעון כי פעילויות אלה הן במובן כלשהו "תוכן" של אור החשמל, שהרי אין הן יכולות להתקיים בלעדיו. עובדה זו רק מדגישה את הרעיון ש"המדיום הוא המסר", שכן המדיום הוא שמעצב וקובע את ההיקף והתבנית של ההתרועעות האנושית והפעולה האנושית.¹¹⁸

אם כן, מקלוהן סבור שהמדיום הוא לא מצע נייטלי המשרת את התוכן אותו אנחנו רוצים להעביר, אלא הוא זה שמשפיע ומעצב את העולם. לא התוכן של שידורי הטלוויזיה שינה את העולם, אלא עצם הופעת הטלוויזיה.

בצורה דומה, שורש הבעיה בדיפ-פייק הוא במדיום עצמו ולא בתוכן המופץ בו. השימוש בכלי הזה מעורר בעיות, עוד טרם שניגשים לבחון את הסרטון לגופו – האם הוא מציג תוכן שקרי או לא. הפער בין הפייק-ניוז לבין הדיפ-פייק הוא כמו ההבדל בין האור שהיה לאדם הקדמון בהדליקו מדורה לבין אור החשמל. מבחינת ה"תוכן" – האור הוא אותו אור. אולם לאור טענתו של מקלוהן – שלא המסר הוא החשוב, אלא דווקא המדיום הוא המשמעותי – ניתן להבין שתכנים דומים המופעלים באמצעות מדיומים שונים רחוקים מלהיות דומים. מכאן שמוצדק להתייחס לדיפ-פייק באופן שונה מהפייק-ניוז; לא בגלל התוכן השונה אלא בגלל המדיום השונה. ההבדל בינם נעוץ בעיקר ביכולת לצרוך את המסר בצורה ביקורתית, כפי שיובהר להלן. בנוסף, המניפולציה המיוצרת בדיפ-פייק קשה יוצרת שקר אמין הרבה יותר מזה הנוצר בתוכן שקרי כתוב, ולדעתנו בעניין זה "הכמות עושה איכות", כך שהסכנה בדיפ-פייק שונה באופן מהותי מהסכנה בפייק-ניוז. הסיבה לכך היא הערעור על מושגי האמת שהדיפ-פייק מציב. באופן גס אפשר לומר שבני אדם הורגלו לאפשרות שהמידע המצוי בטקסט אינו נכון, ולכן פיתחו כלים מסוימים לקריאה ביקורתית – כאמור חדשות כזב ידועות לנו כבר מן העת העתיקה. אין זה אומר שפייק-ניוז לא יכול להצליח להטעות בעידן הנוכחי. מחקרים מוכיחים שחרף הכלים לקריאה ביקורתית ולבדיקת מידע, רבים עדיין מאמינים

¹¹⁷ "Societies have always been shaped more by the nature of the media by which men communicate than by the content of the communication" (Marshall McLuhan, THE MEDIUM IS THE MESSAGE: AN INVENTORY OF EFFECTS 8 (Ginkgo Press 2005) (1967)

¹¹⁸ מרשל מקלוהן "המדיום הוא המסר" תקשורת המונים: זרמים ואסכולות מחקר – מקראה 26, 26–27 (דן כספי עורך, נורית קורן וברוריה בן-ברוך מתרגמות 1995).

לחדשות כזב שמופצות תדיר.¹¹⁹ אולם, יכולתנו להשתמש בכלים ביקורתיים ביחס להתרשמות החושית שונה לחלוטין. בניגוד למידע כתוב, שקיים שנים רבות וממילא גם הספקנות כלפיו קיימת שנים רבות, מיצג כמו סרטון תיעודי (שמשלב התרשמות חושית של ראייה ושמיעה) נתפס בעינינו כאמין. האפשרות ליצור סרטון תיעודי שלא היה ולא נברא היא אפשרות חדשה שהאנושות עוד טרם פיתחה כלים ביקורתיים להתמודדות אפקטיבית איתה.¹²⁰ משום כך חוקרים רואים בדיפ-פייק סכנה בסדר גודל אחר ביחס למושג האמת. המדיום הדיגיטלי של דיפ-פייק יוצר סוג אחר של שקר. ניתן לומר שחומרתו של הדיפ-פייק לא נובעת באופן ישיר מעוצמת התוכן השקרי המובע בו, אלא מעצם המדיום ומהקשר בו נעשית המניפולציה.

הפילוסוף זכריה צ'אפי קבע כי: "ניתן להתיר עישון, אבל לא בחבית אבק שריפה".¹²¹ מכתם זה מבטא את העובדה שפעולה מסוימת יכולה על רקע נסיבות שונות, להתפרש בצורות שונות וממילא להביא לתוצאות משפטיות שונות. על רקע זאת, גם אם תופעת הדיפ-פייק ביסודה דומה לחדשות כזב, הנסיבות המיוחדות הן בבחינת "חבית אבק שריפה".¹²² הסיווג של הדיפ-פייק במעגל השלישי מוצדק גם מבחינת הרצינות שהובילו אותנו לבצע את החלוקה למעגלים. מטרת היצירה של הקטגוריה של התוכן – המעגל הראשון – נובעת מהתפיסה העקרונית שלנו שהתערבות בתוכן וסלקציה בין תכנים שונים היא שלילית ולא רצויה מטעמים רבים, עליהם עמדנו לעיל. התמודדות עם דיפ-פייק אינה מעוררת את הקשיים שמתעוררים בהתמודדות רגולטורית עם מעגל התוכן השקרי. אסדרה של דיפ-פייק היא ניטרלית ואינה תלויה בתוכן המושמע בו. היא אינה בעייתית מבחינת השיקולים מסדר שני הנוגעים לשאלה מי יכריע מה נחשב לתוכן שקרי, היא אינה מהווה צנזורה של ביטויים מסוימים בצורה שעלולה להיתפס כהתערבות בבחירות לטובת אחד הצדדים.

לאור זאת לא יהיה מדויק להכליל את התופעה של דיפ-פייק באופן בלעדי במעגל התוכן, ויש להתייחס אליה גם כמעוררת קשיים שאינם תוכניים, אותם סיווגנו במעגל זה. על רקע זאת, יש לנסות להתמודד עם הבעיות שתופעה זו מעוררת מבלי לזלוג למעגל הראשון והמעגל השני; קרי, מבלי להיכנס לסלקציה ואסדרה של התכנים עצמם, ומבלי להתעמת עם הרשתות.

אם כן, השחקנים השונים במגרש הבחירות עושים שימוש בכלים אלו – אוטוארים, בוטים, מיקרו-טרגטינג ודיפ-פייק – בכדי להשפיע על תוצאות הבחירות, וזאת באמצעות יצירת תיבות תהודה, חשיפה נרחבת לתכנים ופרסום ממוקד המנצל נקודות תורפה

¹¹⁹ Pennycook, Cannon & Rand, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1865.

¹²⁰ על האתגרים שטכנולוגיה זו מעוררת ראו בהרחבה בהמשך בתת-פרק העוסק בדיפ-פייק. על הערעור חסר התקדים של תופעה זו על האמת ראו: NINA SCHICK, DEEPFAKES THE COMING INFOCALYPSE (2020). המחברת מכנה את המשבר שעתיד לפקוד אותנו עם כניסת הדיפ-פייק "אינפוקליפסה" (infocalypse) הלחם של המילים אפוקליסה ואינפורמציה.

¹²¹ ZECHARIAH CHAFEE, FREE SPEECH IN THE UNITED STATES 397 (1946).

¹²² אנחנו מבטאים כאן עמדה שאינה מובנת מאליה בכלל. בהחלט מתקבלת על הדעת דעה שתסבור שגם התופעה של פייק-ניוז ברשתות החברתיות עומדת בהגדרות הללו; קרי, שהיא מציבה בעיות שאינן רק עוסקות בתוכן השקרי, אלא גם במדיום בו הן מופצות. בעינינו אין כל מניעה כזו, וגישה כזו תצטרך להכליל את הפייק-ניוז עצמו במעגל השלישי – ולנסות להתמודד עם שחקני-משנה שעוסקים בכך. על הדרך לעשות זאת, שיתכן ותהיה דומה לטיפול בדיפ-פייק ראו בהמשך.

פסיכולוגיות. כפי שכבר פרטנו, מניפולציות אלה פוגעות ברציונלים ובתכליות של דיני תעמולת הבחירות: הן פוגעות בשוויון בין המפלגות בניסיון להגיע אל הבוחר, ובזכויות הציבור לחופש הביטוי ולבחור – במובן הרחב. בנוסף, מיקרו-טרגטינג פוגע בזכות החוקתית לפרטיות, בכך שהמידע האישי שנאסף אינו ניתן בהסכמה מדעת, וכן הוא משמש למטרות שונות מאלה שלשמן הוא נאסף.¹²³

ד. החלפת הפרדיגמה הנדרשת

בפרקים הקודמים סקרנו את הדרכים בהן התמודדה הפסיקה עם המציאות התקשורתית החדשה ואת הפתרונות שהוצעו בספרות להתאמת דיני התעמולה למציאות חדשה זו, וכן עמדנו על האתגרים הייחודיים שמעורר האינטרנט לתעמולת הבחירות. מסקירה של הפתרונות השונים שהוצעו בפסיקה ובספרות עולה כי הם אינם חפים מבעיות, שהוצגו בגוף הדברים. אולם, נראה לנו כי כאשר בוחנים את כלל הפסיקה והספרות שעסקה בנושא כמכלול, ניתן לזהות מכנה משותף לכשלים השונים הקיימים בפתרונות שהוצעו. בפרק זה נתאר את הפרדיגמה המשותפת לכלל הפתרונות כפי שאנו מבינים אותה. נצייע הסבר – מהו העקרון התיאורטי העומד בשורשה, ולאור זאת נבקש לאמץ החלפה פרדיגמטית ממנה ממילא נובעת דרך אחרת להתמודד עם האתגרים.

השימוש שלנו במונח פרדיגמה מבוסס על הגותו של תומאס קון. במרכז ספרו 'המבנה של מהפכות מדעיות' עומדת הפרדיגמה, שהיא מערכת הנחות ומושגי יסוד המגדירה את עמדתה של קהילייה בתקופה נתונה ביחס למושאי היחס.¹²⁴ הפרדיגמה היא תבנית חובקת-כל המשקפת את הקונבנציות המקובלות על השותפים בתחום, את החוקים, אמות המידה, השפה – למעשה היא כל רשת המשמעות של התחום.

על פי קון החריג הוא מצב שבו דבר-מה מתנהג בצורה הסוטה מן המצופה על פי הפרדיגמה ופועל באופן שאינו כשורה. לדעתו, הלחצים החיצוניים אינם אלה שמביאים להחלפה הפרדיגמטית, אלא דווקא הלחץ הפנימי – החריג העיקש – הוא שמכריע את הפרדיגמה הישנה וגורם למהפכה.¹²⁵ כאשר ישנה מסה קריטית של קושי, והצרימה הקיימת בין הפרדיגמה לבין התוצאות בשטח נעשית בלתי נסבלת, תיתכן מהפכה שתכתיר פרדיגמה חדשה. זהו המובן של המונח פרדיגמה אליו אנו מכוונים בדברינו. נראה שהצטברו קשיים רבים עד כדי כך שהחריגים העיקשים מכריעים את הפרדיגמה הקיימת ומכריעים אותה.

הפתרונות שהוצעו הינם מוכוונים פני-עבר והם מטפלים רק בקצה הקרחון של הבעייתיות שבתעמולת הבחירות בעולם הדיגיטלי. רובם ככולם מנסים להתמודד עם בעיות האתמול, וזאת בדרך של העתקת דיני התעמולה ה'קלאסיים' מהמדיות השונות וליישם אותם על הרשתות החברתיות, בלא שימת לב למהפכה שעברה על עולם תעמולת הבחירות. הם אינם מבינים לעומק את עולם האינטרנט והרשתות החברתיות, וכפועל יוצא את הבעיות הייחודיות

¹²³ וזאת בניגוד לעיקרון צמידות המטרה, המעוגן בסעיף 9(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. להרחבה על הפגיעה בפרטיות בהקשר של דיני הבחירות ראו שוורץ אלטשולר ולוריא תעמולה דיגיטלית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 70-75.

¹²⁴ תומאס קון המבנה של מהפכות מדעיות (יהודה מלצר מתרגם 2005).

¹²⁵ שם, בעמ' 123-124.

שמציב עולם התעמולה החדש בפני דיני התעמולה.¹²⁶ נראה לנו שניתן לנתח את היותם של הפתרונות מוכוונים פני-עבר באמצעות הגישות התיאורטיות שהוצגו בתחילת המאמר אודות התיאוריה של יחסי משפט ואינטרנט.

כפי שהצגנו במבוא למאמר, בראשית ימי האינטרנט הגישה הרווחת הייתה גישה אופטימית, שראתה באינטרנט מחולל דמוקרטיזציה ושלתה בו תקוות גדולות בנוגע לחופש הביטוי. גישה זו הובילה למדיניות של "Hands-off" – אי-הסדרה של רשת האינטרנט. חוק דרכי התעמולה, שכזכור אינו עוסק כלל ברשת האינטרנט ואינו מטיל כל הגבלות על התעמולה בה, עשוי לייצג גישה זו. ייתכן שחשש מהגבלת חופש הביטוי ברשת בתקופת בחירות, המקושר במידת-מה לגישה זו הוא אחת הסיבות שהובילו את המחוקק שלא לשנות את חוק דרכי תעמולה, גם יותר משני עשורים לאחר הופעת האינטרנט.¹²⁷ אולם גם אם בחרתו של המחוקק לא להסדיר את התעמולה באינטרנט אינה נובעת מגישה עקרונית, אלא משיקולים מסדר שני – אילוצים פוליטיים ואיטיות עדכוני החקיקה ביחס להתקדמות המהירה של הטכנולוגיה – תמונת-המצב של הדין הנוהג היא של אי-הסדרה, ממנה עולה ניחוח של גישה אופטימית זו.

לעומת זאת, החלטותיהם של יושבי-ראש ועדת הבחירות להחיל את חוק הבחירות על הרשת, וכן ההצעות השונות שהוצעו בספרות, משקפים את הגישה השנייה ביחסי משפט ואינטרנט, הרואה באינטרנט מדיה ככל המדיות, "אותה גברת בשינוי האדרת", ולפיכך יש להחיל עליה את אותם ההסדרים החלים על העולם הממשי. לפיכך, מה שהטריד את העוסקים בנושא, הן בפסיקה והן בספרות, הוא לא הבעיות הייחודיות הנובעות מהאינטרנט, אלא הפער בין תעמולת הבחירות ברשת לתעמולת הבחירות בעולם הממשי. הפתרונות שאפו רק ליישר קו ולהפוך את האסדרה של תעמולת הבחירות ברשת לדומה לאסדרה של תעמולת הבחירות הקלאסית. כך למשל, השימוש של השופט מלצר בפסיקה שעשתה אנלוגיה בין מקום משחקים פיזי לדיגיטלי מייצגת תפיסה זו. נדגיש כי יושבי-ראש ועדת הבחירות אינם מחוקקים, ולפיכך הם מוגבלים למסגרת החוקית הקיימת ופסיקתם אינה משקפת גישה עקרונית בנוגע לדרך האסדרה הראויה ביחס לרשת, אלא גישה שיפוטית כיצד על השופט להתמודד עם חקיקה ארכאית. עם זאת, הרטוריקה שננקטה בהחלטות השופטים ובספרות אינה משאירה מקום לספק:

איני רואה סיבה להבדיל, בהקשר סעיף 10(ב)(5) לחוק דרכי תעמולה, בין פרסומים בעיתונות ועל גבי לוחות מודעות לבין פרסומים באינטרנט.¹²⁸
 אין בנמצא טעם משמעותי הקורא להבחין, לצורך חובת השקיפות, בין פרסום מודעה בעיתון פיזי, לבין פרסום מקביל באתר עיתונאי.¹²⁹

¹²⁶ לביקורת עקרונית המבקרת את חוסר האוריינות הטכנולוגית של שופטי העליון בארה"ב ראו: Mark Grabowski, *Are Technical Difficulties at the Supreme Court Causing a "Disregard of Duty"?*, 3 J.L., TECH. & INTERNET 93 (2011).

¹²⁷ גישה מעין זו ניתן לראות בתגובתה של מפלגת "ישראל ביתנו" לעתירה בעניין **בן מאיר**. ראו עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 27, פסקה 19 להחלטתו של השופט מלצר.

¹²⁸ עניין **הבית היהודי**, לעיל ה"ש 52, פסקה ה להחלטתו של השופט רובינשטיין.

¹²⁹ עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 27, פסקה 72 להחלטתו של השופט מלצר.

העיקרון המנחה הוא שיש להחיל לגבי תעמולת בחירות, ככל שניתן, כללים זהים. [...] הוועדה סבורה כי אין הבדל מהותי בין אתרי חדשות אלה לבין עיתונים מודפסים המופצים לציבור, ועל כן ראוי להכלילם במסגרת ההסדר שבחוק.¹³⁰

וכך נוצר מצב שבו דין אחד לאינטרנט ודין אחר לטלוויזיה ולרדיו. [...] אין בין אמצעי התקשורת הבדל שיכול להצדיק החלה של חובת השקיפות באופן חלקי ולא שוויוני.¹³¹

משכך, הפתרונות שהוצגו מחמיצים את העיקר. הם אינם מכוונים להתמודדות עם הבעיות הייחודיות שמציבה הרשת, אלא מכוונים להשוואה של הדין ברשת לזה הקיים בעולם הממשי. דוגמא לכך היא האנלוגיה שנערכה הן בפסיקה והן בספרות בין מודעות בחירות בחוצות לבין פוסטים ברשתות החברתיות; ההשוואה עשויה להיות מתאימה למודעות באתרי החדשות, אך היא אינה מתאימה לפרסומים ברשתות החברתיות, שנושאות אופי שונה לחלוטין. מאפייניה הייחודיים של הרשת החברתית נדחקו לקרן זוית ולא העסיקו את מרבית העוסקים בתחום. הבעיה העיקרית בפתרונות אלה היא בכך שהם פתרונות על פני השטח, ובכך הם משמשים מעין פלסטר כאשר נדרש ניתוח. המחשבה כי הבעיה טופלה גורמת להסבת המבט מבעיות העומק שלא טופלו, וייתכן כי עדיפה אי-התמודדות על פני פתרון שהוא על פני השטח בלבד.

למעשה, המחלוקת בין הגישות עשויה לשקף מחלוקת עמוקה אף יותר, בשאלה איזו גישה של ליברליזם יש להחיל על חופש הביטוי ברשת, האם גישה ליברלית קלאסית או שמא גישה ליברלית פרוגרסיבית. הגישה הליברלית הקלאסית היא אסכולה המדגישה את ממד החירות וחופש הפעולה. גישה זו סוברת שההכרה המשפטית בזכויות אדם נועדה להגן על הפרט מפני השלטון. הגישה הליברלית הקלאסית רואה בחופש הביטוי "חירות שלילית", וחושבת שתכלית ההגנה על חופש הביטוי היא תביעה מהשלטון שלא להתערב בעיצוב עמדות הציבור.¹³² ייתכן שהגישה הראשונה בנוגע ליחסי משפט ואינטרנט, הרואה ברשת 'אקס טריטוריה' שאין להסדיר, משקפת עקרונות של ליברליזם קלאסי: לפי גישה זו יש לאפשר חופש ביטוי נרחב ככל האפשר ברשת, והחשש הוא מכוחו המגביל של השלטון שיהרוס את חופש הביטוי המוחלט באינטרנט.

אם כן, מתברר שמתקיים קשר בין שני הדיונים העקרוניים. הדיון היסודי בשאלה מה הגישה הראויה לחופש הביטוי משפיעה על השאלה כיצד ראוי להתייחס לאינטרנט ובאיזו מידה יש לאסדר אותו. נקיטה בגישה קלאסית של חופש הביטוי מתאימה לגישה שממעטת ברגולציה על האינטרנט. לטענתנו, אין בכוחן של שתי תפיסות שלובות אלה – תפיסה ליברלית קלאסית והגישה האופטימית ביחס לאינטרנט – לספק מענה לאתגרים המורכבים שמזמנות הרשתות החברתיות. נראה שהבנה זהה עומדת ביסוד החלטותיהם של כל יושבי ראש ועדת הבחירות שביקשו להתאים את המצב הנוהג ביחס לאינטרנט לדיני התעמולה הקלאסיים.

¹³⁰ דו"ח ביניש, לעיל ה"ש 23, בעמ' 33 ובעמ' 37.

¹³¹ לוריא ושוורץ אלטשולר רפורמה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 13 ובעמ' 65.

¹³² מדינה דיני זכויות בישראל, לעיל ה"ש 93, בעמ' 432.

לעומת הגישה הקלאסית, הגישה הליברלית הפרוגרסיבית סוברת שמטרת זכויות האדם היא הגנה על האפשרות המעשית לממש חירויות. לפי גישה זו, מטרתו של חופש הביטוי היא להסיר גם הגבלות הנובעות מפעולתם של פרטים אחרים או ממצייאות חברתית נתונה. ביסודה של הגישה עומדת חובה של המדינה לפעול להבטחת קיומם של תנאים הנחוצים לקיומו של שיח ציבורי סובלני,¹³³ ולפיכך היא תומכת בהתערבות שלטונית נרחבת במטרה ליישר את המגרש וליצור חופש ביטוי בפועל, ולא רק חופש תיאורטי. הגישה לפיה יש להחיל על האינטרנט את אותן הדוקטרינות של העולם הממשי עשויה להידמות לתפיסה של ליברליזם פרוגרסיבי. לשיטתה החשש אינו מכוחו המגביל של השלטון, אלא מפעולתם של גופים חזקים, ובהם מפלגות בעלות תקציב גדול, להשפיע על השיח ברשתות באמצעות פרסומים אנונימיים נרחבים. באופן כללי, ההסדרים הקיימים בחוק דרכי התעמולה מבטאים התערבות נרחבת של המחוקק בחופש הביטוי על מנת ליישר את המגרש וליצור שוויון בסיכויים להתמודד על קולו של הבורח, ולפיכך העתקה של הסדרים אלה והחלתם על הרשת משקפים ניסיון להחיל גישה ליברלית פרוגרסיבית גם ביחס לחופש הביטוי ברשת. במילים אחרות, אסדרת תעמולת הבחירות מבטאת גישה של ליברליזם פרוגרסיבי, וככל שהאסדרה מתרחבת – כך תבוא לידי ביטוי הגישה הפרוגרסיבית ביתר שאת.

לדעתנו, המאפיינים הייחודיים של הרשתות החברתיות, ובכללם השימוש באלגוריתמים, במיקרו-טרנזינג וברשתות מאורגנות של בוטים ואוואטרים שומטים את הקרקע מתחת לתפיסה הקלאסית של חופש הביטוי. התפיסה הקלאסית גורסת כי "יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. מתחרות זו [...] תצוף ותעלה האמת, שכן סופה של האמת לנצח במאבק הרעיוני".¹³⁴ בניגוד לכך, בעולם הרשתות החברתיות המגרש עקום: חדשות הכוזב, תיבות התהודה שנוצרות מהאלגוריתמיקה ומרשתות הבולטים אינן מאפשרות מאבק רעיוני הוגן. בשל מאפיינים אלה, האמת אינה צפה ועולה, ואין סופה של האמת לנצח. למעשה, המצב ברשתות החברתיות הפוך לחלוטין. מחקרים שנעשו מראים שמסיבות מגוונות לפייק-ניוז יש יותר סיכוי לנצח במאבק הרעיוני.¹³⁵ מכאן נובעת חובת הסדרה נרחבת של תעמולת הבחירות ברשת, מתוך תפיסה פרוגרסיבית של חופש הביטוי באינטרנט. לכאורה, הדין הנוהג והפתרונות שהוצעו בספרות המבקשים להעתיק את דיני התעמולה לאינטרנט משקפים גישה פרוגרסיבית בהיותם מקדמים התערבות לצורך מימוש מעשי של הזכויות. אולם, הכשלים עליהם הצבענו מראים כי הגישה הרואה באינטרנט "אותה גברת בשינוי האדרת" אינה מסוגלת ליישר את המגרש וליצור שוויון אמיתי בין המפלגות ושיח ציבורי פתוח, כלומר היא אינה מצליחה ליישם כראוי את הגישה הפרוגרסיבית.

אנו סבורים שאחיזה כנה בעמדה של ליברליזם פרוגרסיבי מחייבת מסקנה מרחיקת לכת אף יותר, ונקיטת גישה חדשה, שלישית במספר, בנוגע ליחסי משפט ואינטרנט. בניגוד לגישה שרואה באינטרנט מדיה ככל המדיות, אך בניגוד גם לגישה שסוברת שהאינטרנט הוא סביבה אוטופית של חופש ביטוי מוחלט, אנו רואים באינטרנט מדיה שונה באופן מהותי מאמצעי התקשורת המסורתיים, וכתוצאה מכך יש להשתמש בדוקטרינות משפטיות חדשות, שיותאמו

¹³³ שם, בעמ' 457–458.

¹³⁴ בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 272 (1985).

¹³⁵ Vosoughi, Roy & Aral, לעיל ה"ש 90.

למאפיינים הייחודיים של העולם הדיגיטלי. החלפה פרדיגמטית זו תצדיק איזונים שונים מאלו הקיימים בעולם הלא-אינטרנטי, תוך מתן משקל לשיקולים שלא ניתן להם משקל במסגרת הפרדיגמות הקיימות ביחסי משפט ואינטרנט. עצם הלזו של הפרדיגמה היא שהדינים, הכללים המשפטיים וההלכות צריכות להיגזר מעצם טבעה של רשת האינטרנט, ולא מהשלכה של דוקטרינות ישנות שאינן רלוונטיות לעולם הדיגיטלי.¹³⁶

החלפת הפרדיגמה בנוגע ליחסי משפט ואינטרנט מוצדקת גם מבחינת התכליות שעומדות בבסיס חופש הביטוי ובבסיס דיני הבחירות. בספרות מוזכרות שלוש תכליות ראשיות להגנה על חופש הביטוי: אוטונומיית הפרט, חשיפת האמת ואינטרס ציבורי בדבר שיח ציבורי פתוח.¹³⁷ בהקשר של תעמולת בחירות, ברי כי תכלית משמעותית במיוחד היא קיומו של שיח ציבורי פתוח. תכלית זו אף עומדת בבסיס דיני התעמולה.¹³⁸ שיח ציבורי פתוח לא יתאפשר בעידן הרשתות החברתיות מבלי שדיני התעמולה יעזרו 'ליישר את המגרש'.

בספרות העוסקת בתיאוריה של חופש הביטוי הוקצה מקום נכבד לדיון בהצדקות להגביל את חופש הביטוי,¹³⁹ ובפרט בהצדקות למניעת ביטויים שיש בהם כדי לחתור תחת הדמוקרטיה.¹⁴⁰ דיונים בעקרונות אלה מצאו את מקומם גם בפסיקת בית המשפט ביחס לבחירות בישראל.¹⁴¹ ישנם פערים בולטים בין הסוגיות של פגיעה בחופש הביטוי של מועמדים ופסילתם מלהתמודד בבחירות לבין מניעת ביטויים מסוימים בתעמולת הבחירות. אולם, ניתן לראות בחלק מההצדקות שנידונו ככאלה שמצדיקות גם הגבלת חופש הביטוי בתעמולה ברשת. מעבר לכך, באופן כללי ניתן ללמוד מכך גם על הנכונות של דמוקרטיה לנקוט צעדים חריפים מאוד ובכללם פגיעה בחופש הביטוי (כמו פסילת התמודדות לבחירות) בשם הגנה על הדמוקרטיה עצמה.

¹³⁶ ראו: אברהם טננבוים "השלכות רשת האינטרנט על המשפט המהותי" **שערי משפט** א(2) 133, 146 (תשנ"ח). אחד החוקרים שהפנימו את גודל המשבר הוא טים וו, שהוזכר לעיל. הוא קרא לבחון את יסודות חופש הביטוי לאור הופעתן של הרשתות החברתיות. ראו *Wu, First Amendment*, לעיל ה"ש 108.

¹³⁷ ראו למשל ברק **הזכות החוקתית**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 714–719.

¹³⁸ עניין **זוילי**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 705–709.

¹³⁹ בפרק השני של ספרו על החירות, כשעוסק מיל בחירות המחשבה והוויכוח, הוא מכיר בסייגים מסוימים לחסינות הניתנת לחירות הביטוי ובהיותה ראויה להגנה פחותה מההגנה על חירות המחשבה. ראו ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** פרק ב' – על חירות המחשבה והוויכוח (אריה סימון מתרגם 1979). במסגרת היריעה שפרסנו כאן לא נוכל להעמיק בשאלה האם בענייננו מתקיימים הסייגים הללו והאם חל כאן עקרון הנזק למיל. הוגים רבים נוספים עסקו בכך. ראו למשל: קרל פופר **החברה הפתוחה ואויביה** (אהרן אמיר מתרגם 2003).

¹⁴⁰ ראו למשל את טיעונו של קרצ'מר על ביטויים גזעניים: *David Kretzmer, Freedom of Speech and Racism*, 8 *CARDOZO L. REV.* 445 (1987).

¹⁴¹ ע"ב 1/65 ירדור נ' **יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט 365 (1965); בג"ץ 344/81 נגבי נ' **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית**, פ"ד לה(4) 837 (1981); ע"ב 1/88 ניימן נ' **יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה**, פ"ד מב(4) 177 (1988); א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003); א"ב 1095/15 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי** (נבו 10.12.2015); א"ב 1806/19 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף** (נבו 18.07.2019); א"ב 852/20 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' ח"כ היבא יזבק** (נבו 09.02.2020); א"ב 1156/21 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24 נ' מראענה** (נבו 28.02.2021).

יתכן שדווקא החלטתו של השופט חשין שלא להחיל את חוק דרכי התעמולה על הרשת משקפת גישה פרדיגמטית זו. בסגנונו הציורי, הוא מתאר כיצד האינטרנט הוא הוויה חדשה המשנה סדרי עולם, ויש להמציא לו דינים חדשים ודוקטרינות חדשות:

המחשב – ועימו האינטרנט – אינם אך מוטציה של צורות חיים קודמות שהיכרנו ואשר ביתנו בשיטת המשפט. חיים חדשים הם, והילוכם אין הוא בהילוך צורות החיים שהורגלנו לחיות בחברתן [...] כלי המשפט שבידינו לא יסכנו עוד לשימוש יעיל ביישומם על דרכי הטכנולוגיה החדשה [...] רעידת האדמה תחת רגלינו היא מאותן רעידות המניעות יבשות ממקום למקום; כי דינים וכללים שחונכנו עליהם, מתחילה לכרסם בהם אי רלוונטיות; כי גם אנו, מן העולם של אתמול, אם לא נמהר ונשנה עצמנו - נתאים עצמנו לעולם החדש - אפשר גם אנו נהפוך להיותנו בלתי רלוונטיים [...] השינוי אינו אך בכללים הפוזיטיביים. השינוי מגיע עד הדוקטרינות שבמשפט אף הן. עידן זה שאנו על סיפו, לא עוד נוכל להחיל עליו באורח ראוי נורמות שידענו והיכרנו. ניסיון כי נעשה ליישם על המחשב והאינטרנט נורמות הידועות לנו משכבר, נדמה בעינינו למי שמבקשים להעביר פיל בקופה של מחט.¹⁴²

השופט חשין היה ער לעובדה שהאינטרנט מחייב שידוד מערכות קיצוני. הפנתמו כי מדובר ברעידת אדמה מבהירה כי אי אפשר להסתפק בהעתקת ההסדרים הנוהגים בעולם המציאותי לעולם הוירטואלי, ויש לכוון דוקטרינות משפטיות מתאימות. אם נשתמש בלשונו של השופט חשין, ניתן לומר שניסיונותיהם של יושבי ראש ועדת הבחירות ליישם על האינטרנט נורמות שידועות לנו משכבר, משול לניסיון להעביר פיל בקוף המחט. לאור שינוי הפרדיגמה הנדרש ולאור המעגלים השונים של הבעיות שמציבות הרשתות החברתיות לחופש הביטוי בתקופת בחירות, נבקש לרתום את התפיסה התיאורטית שהוצעה ואת הסיווג המושגי של המעגלים לצורך התוויית כיוון חדש לטיפול בבעיות בהן עסקנו. נציע מספר קווים מנחים לאסדרה של חופש הביטוי ברשת בתקופות אלה, לאור תיאוריית הליברליזם הפרוגרסיבי.

ה. קווים מנחים לפתרונות עתידיים

בפרק ד' הצבענו על מספר בעיות מרכזיות הנובעות מהמעגל השלישי. הראנו כיצד גורמים שונים מנצלים את מבנה האלגוריתם של הרשתות החברתיות לצורך ביצוע מניפולציות בתעמולת הבחירות. הבעיות עליהן הצבענו הן מהבעיות המרכזיות, ניתן להניח שבמערכות הבחירות הבאות השיח הציבורי על הבעיות יגבר, וכן שיעלו לדיון הצעות שונות ומגוונות לפתרון הבעיות. עוד סביר להניח שבשל הקצב המהיר של ההתפתחות הטכנולוגית ובשל השינויים התכופים בעולמות התוכן הוירטואליים, עם הזמן יצופו בעיות אחרות. לאור השינויים הרבים שמתחוללים במרחב האינטרנטי ולאור המהירות בה הם מתחוללים, לדעתנו אין להסתפק בפתרון אד-הוק לבעיות קונקרטיות. לדעתנו צריך לגבש קווים מנחים עקרוניים שיועילו לשרטוט הסדרים עתידיים. לכן ברצוננו לעצב מבחני-עזר, ארבעה במספר, שיעזרו לבחון הצעות עתידיות לפתרון הבעיות שפירטנו עליהן או בעיות אחרות הנוגעות למעגל

¹⁴² עניין סיעת ש"ס, לעיל ה"ש 45, בעמ' 165.

השלישי. אלו אינם מבחנים מצטברים שרק עמידה בכולם תצביע על הצעה מועילה, אלא קווים מנחים שבכוחם לעזור לעצב את המדיניות הראויה. יהיו פתרונות אשר יעמדו במרבית המבחנים, אך לא בכולם, ועדיין יהיו רצויים. גם האמירה הפוכה נכונה: עמידה בכל ארבעת המבחנים שנציג אינה ערובה מוחלטת לפתרון מוצלח. בהחלט ייתכן שפתרונות מסוימים יצלחו את ארבעת המשוכות הללו, אך בשל פגמים אחרים (כגון קשיים טכניים באכיפה ברשת) לא יהיה ראוי לאמצם. אם כן, מטרת המבחנים הללו להצביע על נקודות בעלות חשיבות מיוחדת הראויות לתשומת לב בנוגע לאתגרי המעגל השלישי.

כל ארבעת מבחני העזר הללו נובעים מהרקע התיאורטי שפרסנו עד כה: שני המבחנים הראשונים נשענים על הרקע התיאורטי של דיני תעמולת הבחירות; ושני המבחנים האחרונים נשענים על הרקע הנוגע לאופיין של הרשתות החברתיות ולמעגלי הזיוף הרווחים בהן.

1. מבחן-עזר ראשון: התמודדות מכוונת מדיום ולא תוכן

תקופת הבחירות מציבה פרדוקס מאתגר במיוחד לאיזונים שיש לערוך כדי להגשים באופן מיטבי את תכליות חופש הביטוי: מצד אחד, בתקופת בחירות ההשפעה של ביטויים שקריים ושל מניפולציות על תודעת הבוחרים היא ההרסנית והפוגעת ביותר בשיח הציבורי הפתוח, בחשיפת האמת ובזכות לבחור ולהיבחר במובנה הרחב; מצד שני, בהגבלת ביטויים בתקופת הבחירות טמון הסיכון הרב ביותר לחופש הביטוי. מניעת האפשרות להתבטא עלולה להוות איום על הגרעין הקשה ביותר של חופש הביטוי – חופש הביטוי הדמוקרטי בזמן בחירות. פגיעה בביטוי כזה עלולה להביא לפגיעה באפשרות לשכנע ולהשתכנע, וממילא לפגיעה בזכות לבחור ולהיבחר. לכאורה לפרדוקס הזה אין מוצא: ככל שרף הסינון יגבה, כך טהרת הבחירות תישמר יותר, אך יחד איתה תיפגע היכולת להחליף דעות ולשכנע בוחרים; ככל שרף הסינון יהיה נמוך יותר, כך תישמר האפשרות הרחבה לבחור ולהיבחר, אך מינייה וביה הבוחרים יהיו חשופים למניפולציות ולהשפעות שליליות. נראה שהדרך הראויה לברוח מהפרדוקס הזה היא במניעה של ביטויים שלא על פי תוכנם, אלא על פי אמצעים ניטראליים – כמו המדיום או אופן ההפצה שלהם.¹⁴³ כבר עמדנו על כך שלא רק מטעמים של הגנה על חופש הביטוי כך ראוי לנהוג, אלא שהכרעה זו – של מניעה מכוונת מדיום ואופן הפצה – נמנעת משאלות קשות מאוד להתמודדות כמו כיצד מגדירים מה הוא התוכן אותו ראוי להסיר ומי מהווה את האינסטנציה המתאימה להכריע בכך. בנוסף, במניעת תוכן מוכוונת אופן הפצה ניתן להימנע מהסיכון לצנזור חד-צדדי של ביטויים וכך למנוע פגיעה בשוויון בבחירות. שיקול אחרון הוא היותו של איסור על ביטוי בהתאם לאופן הפצה בהיר יותר מאיסור על ביטוי בהתאם לתוכנו. משתתפים רבים בתעמולת הבחירות רוצים לנהוג בהתאם לדין. אם הדין יהיה ברור וימתח קו ברור בין ביטויים אסורים לכאלה המותרים, הדבר יאפשר למשתתפים בתעמולה לציית לדין. ככל שהבחנה נשענת על תוכן ולא על אופני הפצה ההיתכנות להגדיר קו גבול חד נמוכה מאוד. במצב שבו שוררת עמימות בשאלה מה הם הביטויים המותרים – קשה לצפות מהמשתתפים בתעמולת הבחירות להימנע מתכנים

¹⁴³ ראו: מדינה דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 93, בעמ' 455.

מסוימים. מכל הסיבות הללו נראה שיש עדיפות לפתרונות שלא ינסו לעשות סלקציה בתכנים אלא יתמודדו עם הקשיים דרך המדיום עצמו.¹⁴⁴

2. מבחן-עזר שני: התמודדות אקס-אנטה ולא אקס-פוסט

בעולם הדמוקרטי מקובלת התפיסה שהגבלת ביטוי מראש (prior restraint) היא פוגענית יותר מענישה בדיעבד, ומשום כך היא מוצדקת לעיתים נדירות ורק תחת נסיבות קיצוניות.¹⁴⁵ תפיסה זו יכולה להיות מבוססת על הסתייגות עקרונית ממניעה מוקדמת. כלומר, במדינה דמוקרטית ישנה עדיפות למצב שבו אמירות, גם כאלה פסולות, נאמרות בחופשיות. כל הרוצה להתבטא יוכל לעשות זאת אך עליו לדעת שישא במחיר בדיעבד. אולם התפיסה שהגבלת ביטוי מראש היא בעייתית מוצדקת בעיקר לאור החשש משימוש לקוי של גורמים בשלטון ביכולתם להגביל ביטויים. בעניין סטיישן פילם התבטא השופט ברק בסוגייה של מניעה מוקדמת והפגיעה בחופש הביטוי:

ההגבלות על חופש הביטוי לובשות צורות שונות. יש שהגבלה מונעת את הביטוי מראש. יש שהיא מענישה בגין ביטוי לאחר שפורסם. [...] ההגבלה

החריפה ביותר על חופש הביטוי היא כמובן זו המגבילה אותו מראש.¹⁴⁶

אכן, שיקולים כבדי משקל מטים את הכף לעבר גישה המעדיפה התמודדות עם הביטוי לאחר שנאמר על פני מניעתו מראש. שיקולים אלה הם בעלי משקל כבד אף יותר בעת שעוסקים בביטוי תעמולה לקראת הבחירות. כפי שהדגשנו לעיל הדאגה למתן אפשרות להתבטא בחופשיות בתעמולת בחירות היא חשובה ביותר. אולם ברצוננו לטעון שלמרות השיקולים שהוצגו – התומכים ככלל בהתמודדות עם הביטוי אקס-פוסט ולא מניעתו אקס-אנטה –

הדרך הנכונה להתמודד עם הבעיות המצויות במעגל השלישי היא במניעה מראש.¹⁴⁷ להעדרה למנוע ביטויים מראש מספר הצדקות. ראשית, קצב ההתפשטות של מידע ברשתות החברתיות הוא מהיר במיוחד. עובדה זו מצביעה על כך שלעיתים קרובות הסרה אקס-פוסט נידונה לכישלון.¹⁴⁸ שנית, כפי שהסברנו ההצדקה הבסיסית להעדפת משטר של ענישה על פני מניעה מוקדמת הוא הידיעה שהמדינה יכולה לבוא חשבון עם הפושע גם לאחר מעשה. האופי הייחודי של הרשת, ובפרט האפשרות לביטוי אנונימי, מביאים לכך שפעמים

¹⁴⁴ וזאת בניגוד להצעות שונות לפיהן יחויבו הרשתות החברתיות להסיר פייק-ניוז. ראו למשל אושרית גן-אל "חוק חדש בגרמניה: רשתות חברתיות יסירו פייק ניוז תוך 24 שעות" גלובס 1.1.2018. לעיל ה"ש 42. דוגמאות לדרכי הפצה לגיטימיות ופסולות לפי אמות מידה אלו יובאו בהמשך, בפרק ההצעות לפתרון.

¹⁴⁵ Vincent Blasi, *Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage*, 66 MINN. L. REV. 11 (1981); John Calvin Jeffries, *Rethinking Prior Restraint*, 92 YALE L.J. 409 (1983).

¹⁴⁶ בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, נ(5) 661 פסקה 16 לפסק דינו של השופט ברק (1997). עוד ראו: שגב חופש הביטוי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 292–328.

¹⁴⁷ לאופנים בהם פלטפורמות האינטרנט פועלות אקס-אנטה ואקס-פוסט ראו: James Grimmelmann, *The Virtues of Moderation*, 17 YALE J.L. & TECH. 42 (2015).

¹⁴⁸ בהקשר של תעמולת הבחירות, ראו לדוגמא עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 55, פסקאות 26–30 להחלטתו של השופט ג'ובראן.

רבות אין את מי להעמיד לדין לאחר מעשה ומכיוון שכך ההצדקה הבסיסית להעדפה של ענישה לאחר מעשה על פני מניעה מוקדמת לא מתקיימת.¹⁴⁹ סיבה שלישית להעדפה של מניעה אקס-אנטה בתעמולת בחירות נעוצה בעובדה שהמפלגות לעיתים מעדיפות לעבור על חוק הבחירות (דרכי תעמולה) ולשלם קנס מתוך שיקולי כדאיות – שכן העונש המושג עליהן אינו מרתיע אותן.¹⁵⁰ במקרים כאלה, המפלגות רואות בקנס מעין תג מחיר לפרסום הבעיית, שמשלם להן לשאת בו. לבסוף, יש לשים לב שכל עוד מקפידים על עמידה במבחן-העזר הראשון – אסדרה מבוססת אופן הפצה – החשש של שימוש לרעה בסמכות למנוע ביטויים אקס-אנטה פוחת. זאת אומרת, כששני מבחני-העזר מתקיימים ביחד הם נותנים תוצאה מאוזנת יותר: אם בוחרים במבחן תוכני, אכן עדיף שההגבלה תהיה אקס-פוסט, כדי למנוע אפקט מצנן וכדי שלא יהיה צנזור של תכנים לגיטימיים שהשלטון לא רוצה בהם. אולם אם המבחן עיוור לתוכן ממילא הבעייתיות שבאימוץ מבחן אקס-אנטה נחלשת. מכל הטעמים הללו נראה בעינינו שפתרון לבעיות המעגל השלישי ראוי שיהיו אקס-אנטה. אמנם, ברי שלא תמיד ניתן יהיה למנוע ביטויים מראש. במצב בו לא מתאפשרת מניעה אקס-אנטה נדרשת חקיקה ברורה שבהתאם אליה יפסוק בית המשפט, ולא יכריע בהכרעה שיפוטית אד-הוק בכל מקרה ומקרה. הדבר יגביר את הוודאות ביחס לאסור ולמותר בתעמולת בחירות, כך שמפלגות תוכלנה לדעת את הדין מראש ולא בדיעבד.

3. מבחן-עזר שלישי: התמודדות ללא תלות באופי המפיץ

כפי שראינו, ישנם בעלי עניין רבים המשתמשים במניפולציות על האלגוריתמים בתעמולת הבחירות – מדינות זרות, מפלגות, גופים עסקיים, בעלי עניין פרטיים ועוד. בדיון הציבורי הועלו הצעות לפתרון והתמודדות עם חלק מן הבעיות, אולם חלק מההצעות התמקדו בבעל עניין ספציפי ויצרו הבחנות בין גורמים שונים בעלי עניין בבחירות.¹⁵¹ הרציונל להבחנות הללו ברור: התמודדות עם גופים עסקיים שונה מהדרכים בהם ראוי להתמודד עם מפלגות, וצורת ההתמודדות עם מפלגות שונה מהאופן שבו נכון להתייחס למדינה זרה המבקשת להשפיע על תוצאות הבחירות. על פניו בצדק נוצרו ההבחנות בין הגופים השונים. אולם, הדברים מורכבים יותר. נראה שבמציאות, בשל אופיו של המרחב הקיברנטי ההבחנות הללו נעשות חסרות משמעות אמיתית.

ניתן להביא לדוגמה את מחקר המדיניות של רון שמיר ואלי בכר מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה.¹⁵² במחקר המדיניות שערכו, שמיר ובכר מנסים להציע דרכי התמודדות עם התקפות סייבר על מערכות הבחירות. הכותבים ממקדים את מחקרם בהתמודדות עם התערבות של מדינות זרות בתהליכי הבחירות. הכרעה זו, על אף שהיא נשמעת סבירה על

¹⁴⁹ לדיון על חשיפת גולשים אנונימיים ברשת ראו מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב 51 (2010); מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה, פרק יג (תשע"א); ירון אונגר "חשיפת זהותו של מעול אנונימי ברשת האינטרנט – סקירה משווה" הלשכה המשפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי (2012) <http://www.knesset.gov.il/LegalDept/heb/docs/Survey140212.pdf>.

¹⁵⁰ ראו לעיל, ה"ש 70.

¹⁵¹ ראו למשל את הביקורות שמתחנו לעיל על החלטתו של השופט מלצר ועל הצעותיהם של דו"ח ועדת ביניש ושל המכון הישראלי לדמוקרטיה, אשר התמקדו באסדרת פעילותן של מפלגות.

¹⁵² רון שמיר ואלי בכר התקפות סייבר על מערכות הבחירות אין מתמודדים (מחקר מדיניות 136, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

פניה, מעוררת קושי רב. שכן מאופיו של המרחב הקיברנטי נובעת האפשרות של מדינות לפעול באופן שאינו מותיר עקבות של מדינה. במקרים רבים קשה מאוד, ואולי בלתי אפשרי, לזהות מי עומד מאחורי ניסיון לבצע מניפולציה על דעת הבוחרים – ההבחנה בין גוף עסקי, מפלגה מקומית או מדינה זרה לא אפשרי. נראה ששמיר ובכר מודעים היטב לקושי: ברוב המקרים קשה לדעת מי בדיוק עומד מאחורי התקפת סייבר, הן בשל מאמציו של הגורם התוקף להסתתר מאחורי האנונימיות שמאפשרת רשת האינטרנט, והן בשל האפשרות לפעול בצורה מבוזרת, בזירות פעולה שונות, בגמישות תפעולית ובהיקפים רחבים.¹⁵³

דווקא לאור ההצבעה על הבעיה המהותית, מפתיע שהמסמך דבק בהבחנה בין התערבות מדינתית זרה לבין כל ניסיון אחר להשפיע על הבחירות. המסמך נשען על ההבחנה הזו, אך אינו מספק דרכים להתגבר על הקושי בזיהוי הגורם. במידה רבה היעדר היכולת לזהות את התוקף ולהבחין בין גורמים שפועלים בתוך המדינה לגורמים שפועלים מחוץ למדינה הופכים את כל הצעות המדיניות לבעייתיות, ולקשות מאוד ליישום.¹⁵⁴ בנוסף, נציין שוב את הקשיים שהתעוררו בניסיונות להוכיח מי עומד מאחורי רשתות הבוטים בבחירות בישראל ומאחורי ההתערבות הרוסית בבחירות לנשיאות ארצות הברית.¹⁵⁵

לאור הקשיים הללו שנובעים מאופי הפעילות במרחב האינטרנט מוצע מבחן העזר השלישי – כל הצעה שתעלה ראוי שתמודד עם ההשפעות על השיח ברשתות החברתיות בלא תלות בשאלה מי השחקן הפועל. בצורה זו ניתן לעקוף את האתגר של זיהוי הגורמים העומדים מאחורי המניפולציה. לחילופין, ראוי שלצד הצעה שמבוססת על הבחנה בין גורמים שונים בעלי עניין תבוא הבהרה על הדרך שבה ניתן להבחין מי עומד מאחורי הפעולות. אם ניטול שוב את עבודתם של שמיר ובכר כדוגמה, היה מצופה שלצד הכרעתם להתייחס לאיום של השפעה של מדינות זרות, הם יציגו דרכים להבחין בין השפעה מדינתית להשפעה של גוף עסקי או של מפלגה בארץ.

4. מבחן-עזר רביעי: התמודדות מדינה ולא רגולציה עצמית של הרשתות

אופן פעולה שהפך נפוץ בשנים האחרונות להתמודדות עם חלק מהבעיות במרחב האינטרנט הוא הסתמכות על "כללי הקהילה" ותנאי השימוש של מתווכי התוכן.¹⁵⁶ כללים אלו מאפשרים לכל משתמש בפלטפורמה המקוונת לדווח על פרסום כלשהו שהפר את כללי

¹⁵³ שם, בעמ' 21.

¹⁵⁴ להרחבה ראו שוורץ אלטושלר ולוריא *תעמולה דיגיטלית*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 20–21.

¹⁵⁵ ראו לעיל, ה"ש 69 ו-82.

¹⁵⁶ לסקירה משווה ראו: אונגר "הסדרת ההסרה של תכנים ברשתות חברתיות – סקירה משווה" *הלשכה המשפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי* (2021), <https://tinyurl.com/3f3fdxwj>. על רגולציה עצמית של הרשתות ראו: Tomer Shadmy, *The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights*, 37 BOS. UNI. INTL. L.J. 13 (2019); Tarleton Gillespie, *Regulation of and by Platforms*, in THE SAGE HANDBOOK OF SOCIAL MEDIA 257 (Jean Burgess, Alice Marwick & Thomas Poell eds., 2017); Terry Flew, Martin Fiona & Suzor Nicolas, *Internet Regulation as Media Policy: Rethinking the Question of Digital Communication Platform Governance*, 10 J. DIGIT. MEDIA & POL'Y 33 (2019).

הפלטפורמה. עם קבלת התלונה, היא נבחנת על ידי מפעילת הפלטפורמה המקוונת, ולאחר מכן מכריעה הפלטפורמה כיצד להתייחס לביטוי והאם להורידו מהאינטרנט.¹⁵⁷

במדינות רבות בעולם נוהגת הסתמכות על הפלטפורמות המקוונות בנושאים אלה. בחלק מן המדינות הדבר נעשה בפנייה וולונטרית לרשתות, בעוד שבחלק מהמדינות הפנייה לפלטפורמות הוסדרה בחוק.¹⁵⁸ בישראל פועלת יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה באופן וולונטרי. בעניין **עדאלה** נידונה חוקיותה של פרקטיקת אכיפה זו ובית המשפט פסק שמחלקת הסייבר בפרקליטות מוסמכת לבצע פעילות וולונטרית מול מפעילי רשתות מקוונות, ספקיות תוכן ופלטפורמות מרשתות אחרות להסרת פרסומים פוגעניים מהרשת.¹⁵⁹

פתרון מסוג זה של העברת הכוח לידיהן של הפלטפורמות המקוונות הוא בעייתי מאוד. כפי שהסברנו בהרחבה, מדובר במספר מצומצם של תאגידי-ענק פרטיים ובינלאומיים אשר שולטים בשוק האינטרנט. הותרת האחריות בידיהן של ענקיות אלה היא למעשה הפקדת גבולותיהן של זכויות האדם הלכה למעשה בידי הפלטפורמות. מושכל יסוד של הדמוקרטיה שפגיעה בזכויות האדם ראוי שתרחש מכוחה של המדינה. התפרקות המדינה מכוחה ומחובתה לנהל את האיזונים הנוגעים לזכויות האדם היא בעייתית.¹⁶⁰

בנוסף, כפי שהובהר, בתקופת בחירות נדרשת המדינה לערוך איזונים מורכבים ועדינים בין רציונאליים שמושכים לכיוונים שונים. כדי לקיים הליך בחירות שיממש את העקרונות הדמוקרטיים בצורה הטובה ביותר נדרשת המדינה לעצב את גבולות המשחק ולקבוע את האסור והמותר בתעמולת הבחירות. הותרת ההכרעות הללו בידיהן של הפלטפורמות עלולה לפגוע באופן אנוש באיזון הנדרש בתקופת בחירות, וממילא בתקינות ההליך.

כמו כן יש לזכור שלפלטפורמות המקוונות ישנה מערכת שיקולים ענפה ושונה באופן מהותי מזו של המדינה. בראש ובראשונה מטרתן של הפלטפורמות היא להשיא את רווחיהן,

¹⁵⁷ דלית קן-דרור פלדמן וניבה אלקין קורן "שקיפות פעולות המדינה בסיבה הדיגיטלית: 'אכיפה אלטרנטיבית' של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת" **המשפט** כה 27 (2020).

¹⁵⁸ בג"ץ 7846/19 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר**, פסקה 26 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 12.04.2021).

¹⁵⁹ שם.

¹⁶⁰ על החשיבות בכך שהמדינה היא זו שתבצע את הפגיעה בזכויות האדם, כגון שלילת חירויות כמו חופש התנועה או חופש הביטוי, עמדה הנשיאה (בדימוס) ביניש: "הלגיטימיות הדמוקרטית להפעלת כוח, לשם הגבלת חירותם של פרטים ולשלילת זכויות אדם שונות, נשענת על כך שכוח מאורגן המופעל על ידי המדינה ומטעמה הוא שמבצע את הפגיעה באותן זכויות. אלמלא הפעלת כוח זו הייתה נעשית על ידי מוסדותיה המוסמכים של המדינה, בהתאם לסמכויות הנתונות להם ולשם קידום האינטרס הציבורי הכללי ולא אינטרס פרטי זה או אחר, לא הייתה הפעלת הכוח האמורה זוכה ללגיטימיות דמוקרטית, ומדובר היה למעשה בהפעלה פסולה ושרירותית של אלימות" (בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, פסקה 26 לפס"ד של הנשיאה ביניש (2009)). לדיון נרחב על חובותיה של המדינה וזכותה להפריט את האפשרות לפגוע בזכויות אדם התעורר בעקבות פסק הדין בעניין הפרטת בתי הכלא בישראל. ראו הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" **עיוני משפט** לה 747 (2013); אלון הראל "על מגבלות ההפרטה (בעקבות בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר)" **משפטים על אתר** ב (2011). התומכים בהפרטה, כמו גם המתנגדים לה, מסכימים על הנחת היסוד שנדרשת לגיטימציה דמוקרטית להפעלת כוח הפוגע בזכויות. מחלוקתם היא בשאלה האם המדינה יכולה להפריט זאת. נראה שהרשתות נעדרות אותה לגיטימציה, ובניגוד לבתי כלא מופרטים, הן אינן שואבות את ההצדקה מרישיון המדינה.

ומכיוון שכך הן אינן שמות את הערכים של קיום הליך בחירות דמוקרטיות והגנה על זכויות האדם בראש סדר העדיפות שלהן.¹⁶¹ בכתיבה האקדמית, ובעקבותיה בבתי המשפט, מחלחלת ההבנה שלמתוכי התוכן יש מעמד עצמאי, וכבר אין רק מוען ונמען, אלא שהפלטפורמה המקוונת נוטלת חלק כה משמעותי, עד שחופש הביטוי צריך להיבחן כמשולש כוחות.¹⁶² לתובנות דומות הגיעו בתי מחוקקים ברחבי העולם.¹⁶³ הדגשת התפקיד המרכזי של מתוכי התוכן מעוררת את שאלת אחריותן בגין תוכן המועלה על ידי צד שלישי. שאיפה של הפלטפורמות להימנע מחשיפה מיותרת לסיכון משפטי של תביעות עלולה להביא לתגובת יתר מצדן בדמות צנזורה נרחבת הפוגעת בזכויותיהן של המשתמשים, מכיוון שאין להן הפסד ישיר בהסרה.¹⁶⁴ במקרים אחרים אינטרסים כלכליים יכולים להוביל לתגובת חסר מצדן של הרשתות. כך למשל הן יכולות לבחור שלא לפעול להורדת תוכן בעייתי אשר מופץ על ידי גוף שמשלם לפלטפורמות סכומים גבוהים על פרסומות או שהן חפצות ביקרן מסיבות שונות.¹⁶⁵

בשל כל השיקולים הללו נראה שהמסקנה היא שאין להותיר את האחריות לפתרון להכרעותיהן של הפלטפורמות ואין לסמוך עליהן באופן בלעדי שיפעלו להתמודדות עם בעיות. מסקנה זו נכונה בכל מצב, אך היא נכונה על אחת כמה וכמה כשהאינטרסים של המדינה והאינטרסים של הפלטפורמות לא מיושרים. במצב כזה קיימת חשיבות מיוחדת שהמדינה היא זו שתפעל להתמודד עם הבעיות. מובן שלא נובעת מכאן מסקנה שהפלטפורמות המקוונות לא צריכות להיות שותפות להתמודדות עם האתגרים. ההיפך. גם כאשר המדינה היא המובילה את הפתרון, סביר מאוד שהוא יהיה מבוסס על שיתוף פעולה מצד הפלטפורמות. כוונתנו היא רק שהפתרון לא יכול שיהיה תלוי אך ורק בחסדי הפלטפורמות.¹⁶⁶

¹⁶¹ Alexandra Stevenson, *Facebook Admits It Was Used to Incite Violence in Myanmar*, N.Y. TIMES (Nov. 6, 2018),

<https://www.nytimes.com/2018/11/06/technology/myanmar-facebook.html>

¹⁶² עוד ראו: Jack M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, 118 COLUM. L. REV. 2011 (2018).
¹⁶³ הדרכים בהן הרשתות החברתיות מנהלות בפועל את חופש הביטוי בפלטפורמות שלהן ראו, Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598 (2018).

¹⁶⁴ ראו למשל חוק שעבר לאחרונה בבית המחוקקים של מדינת פלורידה להגבלת סמכויות ניהול התכנים של רשתות חברתיות: Florida Senate Bill No. 7072, Florida One Hundred Twenty-Third Regular Session, 2021. לאחרונה הוגשה עתירה נגד חוקתיות החוק והוצא נגדו צו מניעה בבית המשפט בפלורידה. ראו NetChoice, LLC v. Moody, No. 4:21CV220-RH-MAF, 2021 WL 2690876 (N.D. Fla. June 30, 2021).

¹⁶⁵ *Who's Liable for Facebook Says Its Rules* Assaf Hamdani, 87 CORNELL L. REV. 901, 945 (2002).
¹⁶⁶ תחקיר עיתונאי חשף שפייסבוק אכן נוהגת כך. ראו: Jeff Horwitz, *WALL Apply to All. Company Documents Reveal a Secret Elite That's Exempt*, THE STREET JOURNAL, Sept. 13, 2021, <https://www.wsj.com/articles/facebook-files-xcheck-zuckerberg-elite-rules-11631541353>.

¹⁶⁶ המחשה לקושי זה ניתן למצוא בתגובת מחלקת הסייבר בעניין **עדאלה** שזכר קודם (לעיל ה"ש 159). טענת מחלקת הסייבר היתה שפעילותם מתמצית אך בפנייה וולונטרית למפעילי הפלטפורמות המקוונות, ובקשתם

אם כן, ניתן לסכם ולומר שהצעה תעמוד במבחן העזר הרביעי אם הפתרון אינו נשען על רגולציה עצמית של הרשות, כאשר המדינה אינה מהווה שחקן כלל או לחילופין מהווה שחקן אשר תלוי בהכרעות הפלטפורמות באופן בלעדי. ככל שהמדינה היא שמתווה את הדרך הראויה מבחינת האיזון בין הערכים והרשות החברתיות מסייעות להגשמת האיזון – לא יהיה בכך כל פגם.

1. הצעות לפתרון

לאחר שעמדנו על הבעיות שנוצרו עם מעבר התעמולה אל עולם הרשתות החברתיות והצבענו על כך שהפתרונות שהוצעו עד כה אינם מספקים, הצענו ארבעה מבחני עזר שיוכלו לשמש ככלי עזר להערכת טיבם של פתרונות עתידיים. בפרק זה נבקש להציע שתי הצעות קונקרטיות בהסתמך על מבחני העזר שיצרנו. כבר בראשית הפרק נאמר – ההצעות הללו מובאות כאן בצורה טלגרפית בלבד ולצורך הדגמה והמחשה כיצד מבחני העזר מסייעים בגיבוש פתרון; וכיצד מבחני העזר מועילים ככלי לביקורת על הצעות קיימות. במסגרת המאמר הזה לא יהיה מקום לערוך דיון מעמיק ויסודי במשמעויות, בהשלכות ובקשיים שההצעות הללו מביאות איתן. כדי לערוך דיון ממצה כזה ראויה כל הצעה לבחינה נפרדת ומעמיקה. מטרתן המרכזית של ההצעות היא הדגמת כיוון לפתרון שצועד בקו המחשבה שהצגנו. לאורך הפרק נציג מספר קשיים – טכניים ומהותיים – ביישום ההצעות, אך ישנם קשיים רבים נוספים. כאמור, המטרה היא לא לשכנע שההסדרים המוצעים הם ברי-יישום, אלא לקיים דיון תיאורטי בלבד.

1. הגבלת האנונימיות ברשת בתקופת בחירות

בפרק ד' עסקנו באתגר ובקושי שיוצרות רשתות של בוטים ואוטורים בתעמולת בחירות. הראנו כיצד השימוש בהם מקדם הפצת פייק-ניוז ביעילות חסרת תקדים. הסברנו שגם כאשר רשתות הבוטים מפיצות מידע או מסרים שאינם פייק-ניוז, צורת ההפצה והחשיפה המוגברת למסרים יוצרת הטעיה של ציבור הבוחרים, כאשר הם רואים תמונת עולם חלקית. עמדנו גם על הבעיות שהדהוד מתוזמן וחוזר יוצר, כמו למשל יצירת תיבות תהודה. כעת נציע פתרון. כדי להתמודד עם הבעיות הללו ניתן להעניק אפשרות ביטוי ברשת בתקופת בחירות רק לאדם שמספק פרטים מזהים בעת הרישום לאתר. הצעה זו היא גרסה מצומצמת של מודלים שונים של "מערכות שם אמיתיות" – Real Name Systems (RNS), הנוהגות במספר מדינות קטן בעולם, וכן בחלקים שונים של השוק הפרטי. מערכות אלו דורשות מהמשתמשים למסור פרטים מזהים אמיתיים על מנת להירשם לשירות. הרעיונות שעומדים מאחורי הגישה הזו הם שהמשתמשים ברשת צריכים להיות אחראים למעשיהם ולהתבטאויותיהם, וכי חובת מסירת שם תוביל לשיח ציבורי תקין יותר ותתרום לאינטרס הציבורי, לאור הצורות הרבות בהן

מותירה למעשה את שיקול הדעת בכל הנוגע לאכיפה בידיהן של הפלטפורמות. משום זאת, כך טענה יחידת הסייבר, אין לראות בפעולות היחידה אקטים מנהליים בעלי תוקף של מעשה שלטוני. ראו: עניין **עדאלה**, פסקה 54 של השופט מלצר. לטענתו מצב כזה מותיר כוח רב מדי בידי הפלטפורמות ואינו מגן באופן ראוי על האינטרסים של המדינה ושל האזרחים. מנגד, השופט מלצר עצמו הודה ששבשבתו כיו"ר ועדת הבחירות הוא ניהל שיח עם הרשות בנוגע לבקשות להסיר פרסומים. ראו להלן ה"ש 196.

מנצלים את האנונימיות לפעילויות שליליות.¹⁶⁷ הצעתנו נובעת באופן ישיר מהחלפת הפרדיגמה שקראנו לבצע בפרק ה': אחיזה בתפיסה של ליברליזם פרוגרסיבי, יחד עם התפיסה לפיה האינטרנט הוא הוויה חדשה המחייבת שידוד מערכות, מובילה למודעות לקשיים המיוחדים שהאנונימיות ברשת מעוררת, ולפיכך בצורך להתמודד איתם. הכיוון העקרוני של מערכות RNS עולה בקנה אחד עם תפיסות אלה.

בגרסתם הרחבה ביותר, הסדרי RNS מונעים כליל את האפשרות לביטוי אנונימי. על כל משתמש שמעוניין להשתמש בשירות למסור פרטים מזהים בעת הרישום, והוא יוכל להתבטא אך ורק תחת שמו האמיתי. הסדר כזה קיים בגרמניה, אך רק ביחס לגופים שאינם אנשים פרטיים.¹⁶⁸ נפרט מעט.

הדין הגרמני מאזן באופן שונה מהמקובל בישראל ובמדינות נוספות בין חופש הביטוי לבין כבוד האדם. איזון זה מתבטא בשורה של הסדרים, כך שלמשל חוקי לשון הרע בגרמניה נוקשים למדי.¹⁶⁹ כחלק מאיזון זה, הזכות לאנונימיות ברשת מוגבלת מאוד בגרמניה.¹⁷⁰ אתרים של חברות, חנויות מקוונות, כלי תקשורת, כתבי עת ובאופן כללי – כל גוף שאינו אדם פרטי לחלוטין – חייבים לשאת Impressum, כלומר חותם המכיל מידע כגון שם, כתובת ומספר טלפון של הבעלים.¹⁷¹ מדובר בהגבלה נרחבת על הזכות לאנונימיות ברשת, שכן היא מחייבת פרסום של פרטי הזיהוי, אך כאמור היא מוגבלת לגופים שאינם אנשים פרטיים לחלוטין. גורמים פרטיים יכולים להתבטא באנונימיות, והחוק אף אוסר על ספקי שירות ברשת לדרוש מהמשתמשים להזדהות, כל עוד הדבר אינו נצרך.¹⁷² מדינות נוספות החלו לצעוד בכיוון של RNS, ומחוקקים במדינות אלו העלו את האפשרות לאמץ או להרחיב מדיניות כזו – כך למשל בגרמניה, בבריטניה ובאירלנד.¹⁷³

גרסה מצומצמת יותר של RNS היא כזו הדורשת ממשתמשים למסור פרטים מזהים בעת הרישום, אך מאפשרת להם לפרסם באנונימיות או תחת פסבדונים. גרסה כזו נקראת

Jyh-An Lee & Ching-Yi Liu, *Real-Name Registration Rules and the Fading Digital* ¹⁶⁷
Anonymity in China, 25 WASH. INT'L L.J. 1, 15-17 (2016). ראו גם את דבריו של יו"ר ומנכ"ל גוגל
 Eric Pfanner, *Naming Names on the Internet*, NY TIMES (Sept. 4, 2011),
<https://www.nytimes.com/2011/09/05/technology/naming-names-on-the-internet.html>

§ 18 Medienstaatsvertrag [MStV] [State Media Treaty], Apr. 23, 2020, GESETZ- UND ¹⁶⁸
 § 5 Telemediengesetz [TMG] ; VERORDNUNGSBLATT [GVBL] at S. 450, 451 (Ger.)
 [Telemedia Act], Feb. 26, 2007, BUNDESGESETZBLATT [BGBl] at I S. 179, 251 (Ger.)
 Allion R. Hayward, *Regulation of Blog Campaign Advocacy on the Internet: Comparing U.S., German, and EU Approaches*, 16 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 379,
 392-395 (2008).

¹⁷⁰ שם, בעמ' 397.

¹⁷¹ לעיל, ה"ש 168.

¹⁷² § 13 Telemediengesetz [TMG] [Telemedia act], part 6 (Ger.)

¹⁷³ Lee & Liu, לעיל ה"ש 167, בעמ' 32; Pfanner, לעיל ה"ש 167; Bernal, לעיל ה"ש 175, בעמ' 245.

"limited identity verification", שכן קיימת דרישה למסירת פרטים, אך אלו נשארים "מאחורי הקלעים" ונשמרת האפשרות לביטוי אנונימי.¹⁷⁴

דוגמא להסדר כזה קיימת בסין, מדינה שהלכה רחוק הרבה יותר מכמעט כל מדינה אחרת בנוגע לשלילת האנונימיות ברשת. לצד העובדה ש"limited identity verification" היא גרסה מצומצמת של RNS, מבחינות אחרות מדובר בהסדר רחב ופגעני הרבה יותר, כפי שנסביר מיד. מדיניות זו מתאימה לממשל לא-דמוקרטי כמו זה הקיים בסין ואינה מקובלת במדינות דמוקרטיות ומערביות. מכיוון שכך, ברור שקבלת השראה מהסדרים הנוהגים שם מעוררת שאלות כבדות. עם זאת, כפי שנפרט בהמשך מדינות מתקדמות מתחילות לשקול צעדים בכיוון זה בצורה מוגבלת. אנו סבורים כי ההסדר הסיני הוא דוגמה קיצונית ולא רצויה, אך כזו שעוררת להמחיש איזון אחר. בהמשך נציג הצעה מדודה ומוגבלת הרבה יותר.

בשנת 2012 נחקק בוועדה המתמדת של הקונגרס הלאומי העממי של סין חוק המחייב ספקיות שירותי אינטרנט לדרוש פרטי מידע מזהים מכל משתמש הרוכש חשבון גלישה ברשת.¹⁷⁵ בשנת 2017 נכנס לתוקף החוק הסיני לביטחון הרשת, חוק המצוי במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר בסין, ובו חקיקה מפורטת יותר של חובת הזיהוי ברשת.¹⁷⁶ אמנם מבחינה מסוימת מדובר בהסדר מוגבל, שכן הוא מאפשר להתבטא באנונימיות (לאחר הפקדת הפרטים המזהים), אך מבחינות אחרות הוא רחב ביותר: הוא חל על כל גולש ברשת בסין, בכל פעולה ובכל אתר. משתמש שלא יספק את פרטיו לספק הרשת פשוט לא יוכל להתחבר לאינטרנט. הסדר זה משקף את מדיניותה של ממשלת סין בנוגע לאינטרנט, המכונה על האינטרנט.¹⁷⁷ לצד המדינות שמקדמות גישה כזו או אחרת של חובת מסירת פרטים אמיתיים, גם חלק מענקיות הרשת מקדמות מדיניות כזו. החברות הבולטות ביותר בנוגע לכך הן גוגל ופייסבוק. פייסבוק, למשל, דורשת פורמלית מכל נרשם לשירות שלה להשתמש בשמו האמיתי:

Facebook is a community where everyone uses the name they go by in everyday life. This makes it so that you always know who you're connecting with¹⁷⁸.

Donggen XU & Qiming GE, *Rules of Real Name Registration for Internet Access* ¹⁷⁴ in *China: Infrastructure for Cyber Security?*, 6 FORENSIC RSCH. & CRIM. INT'L J. 50, 51 (2018).

PAUL BERNAL, INTERNET PRIVACY RIGHTS: RIGHTS TO PROTECT AUTONOMY ¹⁷⁵ 245 (2014).

Lee & Liu ¹⁷⁶ לעיל ה"ש 167, בעמ' 14-15; Xu & GE, לעיל ה"ש 174, בעמ' 51.

Lee & Liu ¹⁷⁷ לעיל ה"ש 167, בעמ' 3.

What names are allowed on Facebook?, FACEBOOK HELP CENTER, ¹⁷⁸ *Terms of Service*, FACEBOOK, ;<https://www.facebook.com/help/112146705538576> ;<https://www.facebook.com/legal/terms>.

גם גוגל דרשה מהמשתמשים ברשת החברתית שלה, Google+, למסור את שמם האמיתי על מנת להשתמש בשירות.¹⁷⁹ החוקר פול ברנאל העריך כי בשל כוחן של פייסבוק וגוגל, התמיכה שלהן ברעיונות של חובת מסירת שם אמיתי תוביל לכך שדרישה כזו תהפוך לנורמה כלל-אינטרנטית.¹⁸⁰

הצעתנו מבקשת לצעוד צעד קטן ומדוד בכיוון של RNS, כך שרק בתקופת בחירות, כל אדם שירצה לפרסם תוכן באתר ציבורי – יהיה חייב במסירת פרטיו בעת ההרשמה. מחוץ לתקופת 90 הימים בה אסורה תעמולה אנונימית יוכלו כולם לפרסם ללא הגבלה, ואף לוותר על מסירת הפרטים ברישום. בתקופת תעמולת הבחירות, רק אדם שמסר את פרטיו יוכל לפרסם תוכן. ראוי להדגיש: איננו מציעים זניחה כוללת של הזכות לאנונימיות ברשת, ואף לא הטלת חובה למסור פרטים בכל עת, כפי שנעשה בסין, אלא רק הגבלת ביטויים אנונימיים למי שמסרב להזדהות, בתקופת הבחירות בלבד. כלומר, יישום של מדיניות RNS מוגבלת – הן בזמן התחולה (בתקופת בחירות בלבד), הן באימות הזהות (רק מסירת פרטים ולא חובת Impresum) והן בפעילויות שיוגבלו למי שיבחר שלא למסור פרטים מזהים (הגבלת התבטאות ולא גישה). טענתנו היא שבתקופת בחירות ראוי לערוך איזון מחדש. תפיסה העולה בקנה אחד עם רעיון של חופש ביטוי פרוגרסיבי והבנה של האתגרים החדשים שמציבות הרשתות החברתיות בעת בחירות יכולה להצדיק עריכת איזון שבו מצטמצמת ההגנה על הזכות לאנונימיות בשל הצורך לשמור על תקינות הליכי הבחירות, ובשל כך על הדמוקרטיה כולה.

הגבלת הביטוי האנונימי ברשת בתקופת בחירות יכולה להוביל למספר תוצאות חיוביות. ראשית, האפשרות של מפלגות ליצור רשתות בוטים ואוואטרים תצטמצם משמעותית. הצורך בזהות אמיתית לכל דף תמנע מאדם לעמוד בו זמנית מאחורי מאות פרופילים שונים. תוכנות לא יוכלו ליצור משתמשים באופן אוטומטי ולספק לכל אחד מהם שם ותמונה גנריים. גם האפשרות להגיע למי שעומד מאחורי הפרופילים תיעשה קלה בהרבה, כך שניתן יהיה להוכיח בקלות קשר למפלגות.

שנית, הגבלת הביטוי האנונימי תיצור תמריץ שלילי למדינות זרות ולגופים מפלגתיים ועסקיים ליצור רשתות בוטים. כיום, הגופים הללו מפעילים בוטים ואוואטרים לאורך כל השנה, בהשקעה של סכומי כסף עצומים זאת בכדי שביום פקודה – לקראת הבחירות – הם יעירו את הפרופילים הפיקטיביים לחיים ויתחילו להפעילם בהתאם למטרות אותם הם רוצים לקדם.¹⁸¹ במידה ותימנע מהם האפשרות להתבטא בתקופת בחירות מבלי לספק פרטים מזהים, יישלל התמריץ להחזיק את הפרופילים הללו כל השנה.

תוצאה חיובית נוספת תהיה הירידה הצפויה בהיקף הפצת פייק-ניוז. טענה זו דורשת הבהרה. אמרנו בתחילת המאמר שאין ברצוננו להתמודד עם אתגרי המעגל הראשון, ובהם

¹⁷⁹ Bernal, לעיל ה"ש 175, בעמ' 242–245; Lee & Liu, לעיל ה"ש 175, בעמ' 30–32; Marvin Ammori, *The "New" New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter*, 127 HARV. L. REV. 2259, 2271 (2014).

¹⁸⁰ Bernal, לעיל ה"ש 175, בעמ' 244.

¹⁸¹ למחקר אמפירי המצביע על כך שבתקופת בחירות חלה עלייה בנפח הפעילות של הבוטים אך לא במספרם ראו: Tobias R. Keller & Ulrike Klinger, *Social Bots in Election Campaigns: Theoretical, Empirical, and Methodological Implications*, 36 POLITICAL COMMUNICATION 171 (2019).

תופעת הפייק-ניוז כשלעצמה. הצדקנו את ההכרעה הזו בכמה טעמים, בין היתר הקושי להגדיר מה נופל לתוך ההגדרה פייק ניוז ומי האינסטנציה שתכריע בשאלות אלו. אולם, נראה שמתן אפשרות ביטוי רק למי שסיפק פרטים מזהים בתקופת בחירות תשיג בעקיפין את התוצאה הרצויה של הקטנת התפוצה של פייק-ניוז, וזאת משתי סיבות: הסיבה הראשונה היא שמקורן של חדשות כזב רבות היא בפרופילים אנונימיים. הקשר בין פייק-ניוז לפרופילים אנונימיים הוא הדוק, והוא מוסבר בין השאר בכך שניתן לנצל את האנונימיות כדי להפיץ כזב ויחד עם זאת לא להיות חשוף לתביעות לשון הרע למשל.¹⁸² לאור זאת במידה ותימנע התבטאות ממי שלא סיפק פרטים צפויה ירידה בפרסום חדשות הכזב. הסיבה השנייה היא מנגנון ההפצה של פייק-ניוז. גם כאשר מקור הכזב אינו בפרופיל אנונימי, פרופילים אנונימיים מסייעים מאוד בהפצת השקר, ויש להם חלק מרכזי בהתפשטות המהירה של פייק-ניוז. מניעת פעילות אנונימית בתקופת בחירות תפחית גם את יכולת ההדהוד של השקרים.

לצד היתרונות הרבים, מובן שלהכרעה שעדיף לצמצם אנונימיות יש מחיר – פגיעה בזכות לאנונימיות ברשת. בישראל, הזכות לאנונימיות ברשת הוכרה כזכות חוקתית, הנגזרת מהזכות לפרטיות ומהזכות לחופש ביטוי.¹⁸³ בהתאם לכך, הצעתנו להגביל את האנונימיות בתקופת הבחירות פוגעת הן בזכות לפרטיות והן בזכות לחופש הביטוי. חוקרים רואים בזכות לפרטיות את זכותו של האדם לשלוט בעצמו ובמידע אודותיו.¹⁸⁴ על רקע הצדקה זו, חשיבותה של האנונימיות ברורה: בעולם שבו כל פרסום, כל תגובה, כל לייק ושיתוף נרשמים ומתועדים, האנונימיות מאפשרת לאדם לשלוט בהיקף המידע שנצבר עליו. מכך מובן שהחובה לספק מידע אישי לכל אתר בו האדם מעוניין להגיב פוגעת בזכותו לפרטיות. בנוסף, היא פוגעת בחופש הביטוי. מניעת ביטוי אנונימי מצמצמת את האפשרות להתבטא בחופשיות. המשמעות של העובדה שהזכות לאנונימיות נגזרת מחופש הביטוי היא שהזכות לביטוי פוליטי אנונימי נמצא בליבת ההגנה המשפטית.¹⁸⁵ כשם שהביטוי הפוליטי נמצא בלב הגנת חופש הביטוי, האנונימיות בהתבטאות פוליטית נמצאת בלב הגנת הזכות לאנונימיות. זאת מכיוון שהאינטרס שאזרחים יוכלו להתבטא בנושאים פוליטיים בלי חשש הוא אינטרס מיוחד. האנונימיות תורמת להגנה על חופש הביטוי בכך שהיא מאפשרת להתגבר על לחצים חיצוניים או על מבוכה. אם כך, אין ספק ששלילה של האפשרות להתבטא באופן אנונימי באופן חופשי פוגעת במידת מה ביכולת לבטא מסרים פוליטיים ללא חשש ומורא בזמן בחירות. הפגיעה המוצעת חלקית בלבד, והיא מוצדקת ומידתית בעינינו לאור הפרדיגמה החדשה.

לדעתנו, על אף הפגיעה בזכויות יסוד אלה, צמצום הזכות לאנונימיות בתקופת בחירות הוא חיוני ומידתי. התפיסה המקובלת גורסת כי "כאשר יש זכויות חוקתיות על שתי כפות

¹⁸² ראו: עניין **שאול**, לעיל ה"ש 11, פסקה 54 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; מיכל לביא "שיתוף לשון הרע ברשתות חברתיות: בעקבות ע"א 1239/19 שאול נ' נידילי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2020) "משפטים על אתר טו 159, 194 (2020).

¹⁸³ רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010) (להלן: עניין **רמי מור**); בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 149, פרק יב.

¹⁸⁴ ALAN WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 7 (1967); Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1968).

A. Michael Froomkin, *Legal Issues in Anonymity and Pseudonymity*, 15 INFO.SOC'Y 123 (1999).

המאזניים, לעיתים יש לאזן בין חובתו של המחוקק לא לפגוע בזכות האחת לבין חובתו להגן על הזכות האחרת או לקדם אותה.¹⁸⁶ פירושו של דבר שיש לערוך איזון אופקי בין הזכויות הנידונות.¹⁸⁷ בעבר נשמעה ביקורת על שפת האיזונים בכלל,¹⁸⁸ ובהקשר של הזכות לאנונימיות ברשת בפרט.¹⁸⁹ אולם ברור שזכות זו מעוררת קושי, בכך שהיא בעלת פוטנציאל גבוה לפגוע בזכויות אחרות. כבר בעניין רמי מור בו הוכרה הזכות לאנונימיות ברשת, על אף שנתגלעה מחלוקת בין דעותיהם של השופט ריבלין והשופט רובינשטיין, הביעו שניהם את החשש מפני האפשרות שהאנונימיות תהיה מפלט ומקלטם של מעשי נבלה.¹⁹⁰ חשש זה נכון תמיד, אך הוא מקבל משנה תוקף בתקופת בחירות. ככלל, הכרעה בין שיקולים מתנגשים צריכה להיעשות לאור משקל הערכים בכל מצב ומצב, שכן תנאים שונים עשויים להשפיע על המשקל הראוי לכל ערך.¹⁹¹ בנסיבות של תקופת בחירות האיזון בין הערכים משתנה. לדעתנו, גם לשיטה הרואה בזכות לאנונימיות ברשת זכות חשובה, איזון הערכים צריך להוביל לצמצום של זכות זו בתקופת בחירות.

לצד הפגיעה בחופש הביטוי ובזכות לפרטיות יש קשיים טכניים רבים בהצעה למנוע ביטוי אנונימי בתקופת בחירות. מדובר בקושי ממשי לאכוף את ההסדר המוצע, ועולה השאלה האם מבחינה מעשית ניתן לעשות זאת.¹⁹² נציין גם שבניגוד למישור התיאורטי – בו המודל שלנו מרחיק לכת הרבה פחות מהמודלים שהוצגו, במישור היישומי המודל שלנו קשה יותר. בשל העובדה שהמודל הגרמני והמודל הסיני הם גורפים, קל יותר ליישם מבחינה פרקטית והם מעלים פחות קשיי אכיפה מהמודל החלקי שאנו מציעים, שיחול בתקופת בחירות בלבד. יחד עם זאת מודלים אלו מוכיחים שהעיקרון של ביטול האנונימיות הוא ביסודו בר-יישום.

בנוסף, אפילו למאן דאמר שמניעת האנונימיות בתקופת הבחירות אינה בר-ביצוע, ראוי לשקול את הטענה הבאה: המניפולציות שנעשות על ידי גורמים שונים בתקופת בחירות הן בעלות השפעה מספיק גדולה, עד כי ייתכן שיש בכוחן להטות את תוצאות הבחירות. הטיית תוצאות הבחירות שומטת את הקרקע מתחת לרעיון הדמוקרטי כולו. לאור זאת, אפילו מחיר של ויתור גורף על זכות האנונימיות ברשת עשוי להיות מחיר סביר לתשלום. ודוק: היו מי שהגיעו למסקנה שראוי למנוע ביטויים אנונימיים באופן גורף עוד טרם התעוררו הבעיות שנוצרו ברשתות החברתיות. כך שניתן לראות בבעיות עליהן הצבענו שיקול נוסף – כבד משקל – המצטרף לדיון ומחזק את הטוענים לביטול האנונימיות.

¹⁸⁶ אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 647 (2010).

¹⁸⁷ מדינה, לעיל ה"ש 93, בעמ' 228.

¹⁸⁸ מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).

¹⁸⁹ בירנהק "חשיפת גולשים", לעיל ה"ש 149, בעמ' 84.

¹⁹⁰ עניין מור, לעיל ה"ש 183, פסקה 17 לפסק דינו של השופט ריבלין; שם, פסקה י"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו עוד: Margot Kaminski, *Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech*, 23 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 815, 823-830 (2013).

¹⁹¹ ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 166 (2008).

¹⁹² אגמון-גונן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 211-218; James Banks, *Regulating Hate Speech Online*, 24 INT'L REV. L. COMPUT. & TECH. 233, 237 (2010).

בנקודה הזו יש להבחין בין קשיי אכיפה ואתגרים טכנולוגיים לבין הקושי התיאורטי. מבחינה תיאורטית קל יותר להצדיק הגבלת אנונימיות בתקופת בחירות בלבד מאשר ביטול האנונימיות באופן גורף. כפי שהסברנו, ישנם שיקולים ייחודיים וכבדי משקל הנוגעים לתקופת הבחירות בלבד, ואשר לדעתו בכוחם להצדיק סטייה מהאיזון הרגיל. לכן, מבחינה תיאורטית מודל שתומך בהגבלת האנונימיות ברשת בצורה גורפת הוא מרחיק לכת הרבה מעבר להצעתנו.

כעת לאחר שהבהרנו את עיקר היתרונות שבהגבלת ביטויים אנונימיים בתקופת בחירות, ולאחר שעמדנו על הקשיים בהצעה נבקש להראות כיצד היא עומדת במבחני-העזר אותם הצענו, ובתוך כך להראות מדוע גישתנו עדיפה על פני המצב הקיים שנוצר בהחלטתו של השופט מלצר. כזכור, המבחן הראשון בדק האם מדובר בפתרון מכוון אופן הפצה ולא תוכן. כמובן שהגבלת ביטוי אנונימי עומד במבחן זה בצורה מיטבית: כדי למנוע ביטויים אנונימיים אין כל צורך לבדוק מה תוכנם. ממילא אין צורך להיכנס לשאלות של מהו תוכן פסול ומי האינסטנציה שתקבע זאת. טיפול ממוקד באנונימיות הוא לחלוטין מוכוון מדיום, ואינו נכנס לתוכן המופץ. בניגוד לכך, החלטתו של השופט מלצר אוסרת רק ביטויים אנונימיים העולים כדי "תעמולת בחירות", בהתאם ל"מבחן הדומיננטיות" שנקבע בעניין זוילי.¹⁹³ הסדרה כזו מחייבת בחינה של תוכן הפרסום, ולפיכך אינה עומדת במבחן העזר הראשון. הגבלת אנונימיות בתקופת בחירות צולחת גם את מבחן העזר השני – שהפתרון יהיה אקס-אנטה ולא אקס-פוסט. כזכור, הראינו שגופים שונים, ביניהם מפלגות, מוכנים לעבור על החוק בידועין תוך נכונות לשאת בתשלום הקנס.¹⁹⁴ במקרים רבים העונש לא מרתיע אותם, ומבחינתם הפרת החוק ונשיאה בהשלכות היא עניין כדאי. מניעת האפשרות להתבטא באנונימיות בלי הפקדת פרטים מזהים בעת ההרשמה לא תאפשר לגופים לפעול בניגוד להוראות הדין תוך נכונות לשלם על כך. בניגוד להצעתנו, החלטתו של השופט מלצר אינה עומדת גם במבחן-עזר זה, שכן כאמור המפלגות יכולות לפרסם תעמולה, ולהתבקש להסירה רק אקס-פוסט, לאחר שהיא כבר הופצה. בנוסף, יש צורך בהחלטה שיפוטית אקס-פוסט האם הפרסום נחשב "תעמולת בחירות" ואין דרך לקבוע מראש אם הפרסום אסור, כך שהודאות המשפטית נפגעת.

מבחן העזר השלישי בחן האם הפתרון הוא גורף ואינו תלוי באופי המפיץ. הצבענו על כך שלאור אופייה המיוחד של רשת האינטרנט הפתורות שנועדו להתמודד עם סקטור מסוים של שחקנים בתעמולת הבחירות – כמו למשל מדינות זרות – הם פתורות בעייתיים. בשל הקושי לאתר את מחולל המניפולציות ואת הגורמים המשפיעים, טענו שאי אפשר לגדור את הפתרון בהתאם לשאלה מי הגורם העומד מאחוריהן. מובן שהפתרון של הגבלת האנונימיות ברשת עונה על המבחן הזה. אין זה משנה מי הגורם שמפעיל חשבון פיקטיבי – בין אם זה מדינה זרה, בין אם זה מפלגה, בין אם זה גורם עסקי או פרטי – מכולם נמנעת האפשרות

¹⁹³ ראו למשל עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 27, פסקה 7 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר; תב"כ 31/21 רשימת חד"ש תע"ל בראשות איימן עודה ואחמד טיבי נ' Facebook, Inc. (פורסם בנבו, 24.3.2019), פסקה 5 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר (להלן: עניין חד"ש); עניין רשימת ימינה, לעיל ה"ש 63, פסקאות 7–8 להחלטתו של השופט פוגלמן. בנוגע למבחן הדומיננטיות ראו עניין זוילי, לעיל ה"ש 23, פסקה 20 להחלטתו של השופט (כתוארו אז) ברק; עניין טיבי, לעיל ה"ש 27, פסקה 18–19 לפסק דינה של הנשיאה נאור.
¹⁹⁴ ראו לעיל, ה"ש 70.

להתבטא באנונימיות בלי למסור את פרטיהם. גם במקרה זה הצעתנו עדיפה על פני המצב הקיים שנוצר בעניין **בן מאיר**, שכן כאמור החלטתו אוסרת תעמולה אנונימית רק על מפלגות או על גורמים מטעמן, וכפי שהראנו קשה (עד בלתי אפשרי) להוכיח מי עומד מאחורי התעמולה.¹⁹⁵

המבחן האחרון התרכז בכך שהמדינה לא יכולה לצפות שהבעיות ייפתרו על ידי רגולציה עצמית של הרשתות החברתיות. ההצעה להגבלת ביטויים אנונימיים בזמן בחירות מוצעת במסגרת אסדרה חוקית; אין הכוונה שהיא תבצע באופן וולונטרי על ידי הרשתות החברתיות עצמן. בכך הצעה זו עומדת בדרישה לטיפול של המדינה בנושא זה ולא להותיר לרשתות לעשות בתחום כרצונן. בניגוד לכך, ספק אם החלטתו של השופט מלצר עומדת במבחן-עזר זה: הוא נסמך על כך שהרשתות הבהירו כי הן יפעילו מנגנון של "הודעת התראה והסרה", כך ש"תוכל להינתן לפלטפורמת הפרסום המקוון התראה על הפרסום האמור, ולזו תהיה הרשות להסירו".¹⁹⁶ עם זאת, השופט מלצר מוסיף כי הוא אינו שולל את האפשרות שעל מפעילי הרשתות החברתיות עשוי לחול אותו הדין החל על עיתונים או משווקי פרסום חוצות, הכפופים ישירות לחוק.¹⁹⁷

לסיום הדיון נבקש להוסיף הערה קצרה. הדיון מתמקד בהתמודדות עם בעיות המעגל השלישי – השפעתם של שחקני-משנה, ולא ביקשנו להתמודד עם הרשתות החברתיות ישירות. זאת מטעמים רבים, ובפרט הקושי להתמודד מול תאגידי הענק.¹⁹⁸ אולם דווקא ההתמודדות עם בוטים ואווטרים מהווה דוגמה להסדרה שאינה עומדת בסתירה לאינטרסים של הרשתות. להיפך. פייסבוק, טוויטר ורשתות חברתיות נוספות נלחמות באופן תדיר נגד חשבונות מזויפים ונגד משתמשים פיקטיביים.¹⁹⁹ יתרה מכך, בתוך תקנון "כללי הקהילה" (Community Standards) ישנה התייחסות לחסימה של זיופים. כך למשל פרק IV בתקנון כללי הקהילה של פייסבוק מוקדש כולו ל"יחסינות ואותנטיות" ובתוכו תת-פרק 17

¹⁹⁵ לעיל, תת-פרק ב.3.; עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 27, פסקה 85 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר. ¹⁹⁶ שם, פסקה 87 להחלטתו של השופט מלצר (ההדגשה נוספה). ראו גם מלצר "אינטרנט ודמוקרטיזציה", לעיל ה"ש 70, 43:23-03:26, שם השופט מלצר מעיד בגוף ראשון על בקשותיו מבכירי הרשתות החברתיות (ובהן פייסבוק, גוגל וטוויטר), הממחישות את התלות בנכונותן להסיר תכנים.

¹⁹⁷ עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 27, פסקה 87 להחלטתו של השופט מלצר.

¹⁹⁸ למדינה יש סמכות לדון ולעצב מדיניות בדברים הנוגעים לרשתות, כך למשל ברע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' בן חמו** (פורסם בנבו, 31.5.2018) קבע בית המשפט כי ישראלים רשאים לברר את תביעותיהם נגד פייסבוק בבתי המשפט בישראל, למרות שבהסכם ההצטרפות לשירותי הרשת החברתית נקבע כי תביעות נגד הרשת יתבררו בבתי המשפט במדינת קליפורניה. לדוגמה נוספת להשפעתה של המדינה על שיקול דעתן של הרשתות החברתיות ראו עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 159, פסקה 53 לפסק דינו של השופט מלצר. בעניין **רשימת חד"ש**, לעיל ה"ש 193, נידונה עתירה בפני ועדת הבחירות לכנסת, בראשות השופט חנן מלצר, ובה בקשה לחשוף את פרטיו של מפעיל הדף "صفحة القرم" בשל הפצת תעמולה אנונימית נגד חבר הכנסת אחמד טיבי. חברת פייסבוק לא חלקה על סמכות הוועדה להורות על חשיפת הפרטים. גם בגרמניה, הרשתות החברתיות מקבלות עליהן את עול ה"Impressum" ומאפשרות הוספת לשונית פרטים אישיים לעמודים בגרמניה.

¹⁹⁹ לסיקור של התופעה ראו: Jack Nicas, *Why can't the social networks stop fake accounts?*, NY TIMES (Dec. 8, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/12/08/technology/why-cant-the-social-networks-stop-fake-accounts.html>; Elaine Moore & Hannah Murphy, *Facebook's fake numbers problem — Lex in depth*, FINANCIAL TIMES (Nov. 18, 2019), <https://www.ft.com/content/98454222-fef1-11e9-b7bc-f3fae77dd47>.

עוסק ב-"תקינות חשבון וזהות אותנטית"²⁰⁰. אם כן, המקרה של ביטול האנונימיות ברשת מהווה דוגמה למקום שבו ייתכן ויהיה אפשר לגייס את הרשתות החברתיות לשיתוף פעולה. בפירוט אודות המבחן הרביעי הסברנו שבהחלט סביר שיידרש שיתוף פעולה כזה, וככל שהאינטרסים של המדינה והפלטפורמות מיושרים – כך קל יותר לקבל מצב שבו הפלטפורמות משתתפות בפתרון.

2. איסור על השימוש בדיפ-פייק

כזכור, בפרק שבו תיארו את האתגרים שמציבות הרשתות החברתיות הרחבנו מעט על תופעה חדשה יחסית – דיפ-פייק. הטכנולוגיה הזו מאפשרת, באמצעות אלגוריתמים של בינה מלאכותית, ליצור תמונות, סרטונים וקטעי קול שלא התרחשו מעולם.²⁰¹ על אף שהם נחזים להיות אותנטיים, הם זיוף מוחלט והם מהווים מניפולציה על האמת.²⁰² טענה שנשמעת לא אחת היא שגם בעזרת טכנולוגיות ישנות ופשוטות יותר – המכונות לפעמים Cheapfake בשל עלותן הנמוכה ואיכותן הירודה – ניתן ליצור זיופים ומניפולציות. תחת ההגדרה Cheapfake ניתן לציין מספר אמצעים: הוצאת דברים מהקשרם באמצעות עריכת קטעי וידאו, האצת סרטונים או האטה שלהם ליצירת עיוותים, שימוש בתוכנות עריכה גרפית ועוד.²⁰³

הדיון בדמיון ובהבדלים שבין טכנולוגיות Cheapfakes ובין טכנולוגיות הדיפ-פייק ממחישים היטב את הצורך הדחוף בהחלפה הפרדיגמטית שאותה אנו מבקשים לבסס. חוקרים מובילים בתחום צופים שהשימוש בדיפ-פייק יהיה נרחב, ושונה בסדרי גודל מהשימוש ב Cheapfakes. זאת בשל התלכדות של מספר גורמים: האיכות הריאליסטית חסרת התקדים, היכולת לפעול במישורי הטעיה חושיים (כמו השמיעה והראייה) כך שהם יוצרים כוח שכנוע רב, בשל דרכי ההפצה של הרשתות החברתיות ובשל העובדה שחשיפת המניפולציה של הדיפ-פייק אינה פשוטה כלל ועיקר. לדעתם, ככל שהטכנולוגיה תפתח ומחירי יצירת המניפולציה תוזל – כך היקף השימוש העתידי בהם יתרחב.²⁰⁴ המשמעות של הטכנולוגיה החדשה הן מרחיקות לכת. תוצרי זיוף איכותיים יובילו למצב שבו לא ניתן להסתמך על מידע דיגיטלי יותר. כל סרטון או תמונה יעורר באופן מיידי את החשד שהוא מהווה מניפולציה. באופן רחב יותר הדבר צפוי להוביל לשחיקה מהירה בהסכמה הציבורית

²⁰⁰ Facebook Community Standards, FACEBOOK, Part IV. Integrity and Authenticity (last visited Jun. 28, 2021), https://www.facebook.com/communitystandards/integrity_authenticity. ראו גם לעיל, ה"ש 178–179.

²⁰¹ BRITT PARIS & JOAN DONOVAN, DEEPFAKES AND CHEAP FAKES: THE MANIPULATION OF AUDIO AND VISUAL EVIDENCE (2019).

²⁰² Robert Chesney & Danielle Citron, *Deepfakes and the New Disinformation War: The Coming Age of Post-Truth Geopolitics*, 98 FOREIGN AFF. 147, 148 (2019); Mary Anne Franks & Ari Ezra Waldman, *Sex, Lies, and Videotape: Deep Fakes and Free Speech Delusions*, 78 MD. L. REV. 892, 894 (2019).

²⁰³ Paris & Donovan, לעיל ה"ש 201, בעמ' 11–14.

²⁰⁴ TIM HWANG, DEEPFAKES: A GROUNDED THREAT ASSESSMENT 2 (2020).

על קיומה של אמת.²⁰⁵ על כל פנים, תופעת הדיפ-פייק היא דוגמה לאופן שבו שחקני-משנה ברשתות החברתיות מפעילים מניפולציה טכנולוגית שיוצרת מניפולציה על תודעת הצרכנים. דוגמה בולטת להתמודדות עם התופעה של דיפ-פייק באופן שמשקף פרדיגמה קלאסית ולא פרוגרסיבית ניתן לראות בהחלטתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית פוגלמן בעניין יש עתיד.²⁰⁶ החלטתו של פוגלמן בעניין יש עתיד מהווה דיון ראשוני ותקדימי ביחס לטכנולוגיית דיפ-פייק בדיון הישראלי, ומשכך היא ראויה לבחינה מדוקדקת. החלטה זו ניתנה במענה לעתירתו של חבר הכנסת יאיר לפיד לוועדת הבחירות המרכזית. בעתירה, שכוונה נגד המשיבות עמותת "כן לשלום" והרשת החברתית פייסבוק, ביקש לפיד להסיר מהרשת סרטון בו מוצגת דמות שנחזית להיות דמותו, הנושאת נאום בו היא מתחייבת למסד שותפות פוליטית יהודית-ערבית. הסרטון שבלב המחלוקת נוצר באמצעות שימוש בטכנולוגיית דיפ-פייק.

המסגרת הנורמטיבית באמצעותה בחן השופט פוגלמן את העתירה היא האיסור הקבוע בסעיף 13 לחוק התעמולה, לפיו מפלגה לא תבצע תעמולת בחירות "בצורה או בדרך שיש בהם משום הפרעה בלתי הוגנת" לתעמולה של מפלגה אחרת.²⁰⁷ הוא עומד על כך שהוראת סעיף זה נבחנת במבחן הוודאות הקרובה להטעיית הציבור, כלומר יו"ר ועדת הבחירות יתערב רק במקרה של הטעיה ברורה, שיכולה בוודאות קרובה להטעות את הבוחר הסביר.²⁰⁸ במקרה הנדון, פסק השופט פוגלמן כי סרטון הדיפ-פייק של לפיד אינו עובר את מבחן הוודאות הקרובה, שכן בתחילתו מובהר כי מדובר בסרטון שנוצר בטכנולוגיית דיפ-פייק, וכן לכל אורך הסרטון מצוין בבירור כי המציג אינו יאיר לפיד. לפיכך, דחה השופט פוגלמן את העתירה על הסף, ואף העלה את האפשרות כי סעיף 13 לא חל במקרה הנדון, משום שעמותת "כן לשלום" אינה מפלגה המתמודדת בבחירות, כך שסעיף החוק לא חל עליה.²⁰⁹ החלטתו של השופט פוגלמן מעוררת קושי בשתי רמות שונות. ראשית, לשיטתנו סעיף 13 אינו מהווה מסגרת נורמטיבית מתאימה להתמודדות עם דיפ-פייק. אם נשתמש במבחני-העזר שהצגנו לעיל, ניווכח שסעיף 13 אינו עומד באופן מובהק בשלושה מהם: התלות במבחן הוודאות הקרובה משקפת התמודדות מוכוונת תוכן, ולא אופן הפצה. בפסק הדין השופט פוגלמן בחן את הסרטון עצמו – את התוכן שהוא מכיל ואת מידת ההטעיה שהוא עלול ליצור. בבחינה מעין זו מתעורר החשש שההכרעה תהיה בלתי שוויונית, ולכל הפחות היא מותרת פתח לטענה שתכנים מסוימים נפסלו בטענה לתוכן מטעה, זאת בניגוד לתכנים דומים שעברו את שבט הביקורת השיפוטית על התוכן. המבחן שהציע השופט פוגלמן יוצר תלות בהחלטה שיפוטית האם התעמולה עומדת במבחן, כך שההתמודדות היא אקס-פוסט ולא אקס-אנטה. מבחינת הוודאות המשפטית המצב הזה אינו רצוי כלל וכלל. מצב שבו ההכרעה – האם השימוש בדיפ-פייק בעייתי או לא – מתקבלת לאחר ההפצה יוצרת קושי כפול. ראשית, היא עלולה לגרום לשחקנים לגלות למפרע שפעלו באופן מטעה, זאת במיוחד

²⁰⁵ Robert Chesney & Danielle Citron, *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy* 1753, 1785 (2019) *Democracy, and National Security*, 107 CALIF. L. REV.

²⁰⁶ תב"כ 9/24 יש עתיד נ' עמותת "כן לשלום".

²⁰⁷ ס' 13 לחוק דרכי תעמולה.

²⁰⁸ עניין יש עתיד, לעיל ה"ש 206, פסקה 5 להחלטתו של השופט פוגלמן.

²⁰⁹ שם, פסקה 7 להחלטתו של השופט פוגלמן.

על רקע היעדר קווים מנחים ברורים להכרעתו של השופט פוגלמן. שנית, במידה ויוכרע כי מדובר בהטעיה, בהתאם לסעיף 13, לא יהיה בכך להועיל למניעת ההטעיה, זאת משום אופיין המיוחד של הרשתות, עליו עמדנו בהרחבה לעיל. לבסוף, הסעיף אינו חל על כל השחקנים בצורה שווה, אלא רק על המפלגות. לעובדה זו – שהשופט פוגלמן עצמו ציין אותה – חשיבות מיוחדת במרחב הרשת. במקרה שנידון לפניו היה ברור מי העמותה שהפיצה את הדיפ-פייק, אך במקרים רבים קשה ואף בלתי אפשרי לדעת מי עומד מאחורי הפצת הדיפ-פייק. במצב כזה, ניסיון להיתלות בסעיף 13 נראה כניסיון בעייתי. אם כן, אי-העמידה במבחני העזר חושפת את חוסר התאמתו של סעיף 13 להתמודדות עם בעיית הדיפ-פייק, והיא מדגימה שוב את אי-יכולתו של חוק התעמולה להתמודד עם האתגרים החדשים שמציב האינטרנט לדיני התעמולה. מדובר ביישום של הפרדיגמה הקלאסית של חופש הביטוי, החוששת מהתערבות-יתר של השלטון ולפיכך מגבילה את ההתערבות רק למקרים בהם קיימת 'ודאות קרובה'. בנוסף, ההחלטה האמורה מבטאת את הגישה הרואה באינטרנט מדיה ככל המדיות, עליה יש להחיל את הדוקטרינות הקיימות. בפרקים הקודמים הסברנו מדוע לדעתנו אבד הכלח על גישות אלו. חשוב לציין שהשופט פוגלמן כבול לחוק, וכאמור איננו סבורים שההתמודדות עם בעיות אלה צריכה להיעשות בחקיקה שיפוטית. אולם, החלטתו חושפת את הבעיות הקיימות בחוק ואת הצורך לערוך בו רפורמה מקיפה.

ברמה השנייה, החלטתו של השופט פוגלמן משקפת אי-הבנה של גודל הבעיה הצפויה מטכנולוגיית הדיפ-פייק. בסיום ההחלטה הקצרה, מעיר השופט פוגלמן שאין לראות בהחלטתו אישור להשתמש ב"דיפ-פייק", שכן טכנולוגיה זו "עלולה להפר" את סעיף 13 לחוק.²¹⁰ לדעתנו, טכנולוגיה זו לא רק "עלולה להפר" את סעיף 13, אלא יש בכוחה למוטט את כל היסודות של מערכות הבחירות. מהות הווייתה של טכנולוגיית הדיפ-פייק היא להטעות בצורה אמינה ככל האפשר. קטגוריאלית, השימוש בה מהווה "ודאות קרובה" להטעיית הבוחרים ושמיטת הקרקע מתחת לעולם תעמולת הבחירות. ההרהור המסויג של השופט פוגלמן מצביע על התבוננות בתופעה כחלק טבעי מניסיונות ההשפעה על הבחירות, מבלי להבין את חומרת התופעה והאתגרים העצומים שהיא עתידה להציב בפני דיני התעמולה.

כעת, נפנה לבחון הצעה מהמשפט המשווה – של מדינת קליפורניה – להתמודדות עם השימוש בדיפ-פייק. תחילה נציג את הרעיון, לאחר מכן נראה שאף הוא לא עומד במבחני העזר אותם הצגנו. הדיון בהצעה זו נועד להמחיש את העובדה שמבחני העזר יכולים להועיל מאוד גם בבחינה של הצעות קיימות. במקרה הספציפי של דיפ-פייק, מבחני העזר חושפים את הקשיים הגלומים בהחלטתו של השופט פוגלמן ובחוק הקליפורני. לצד זאת, ובהתבסס על זיהוי הקשיים, מבחני העזר יכול לעזור לעצב דין טוב יותר. נדגיש, לא בהכרח שבעזרתם באופן מידי ניתן יהיה להציע פתרון מושלם, אך שימוש בהם יכול לשפר את הדין במידת-מה.

בשנת 2019 חוקקה מדינת קליפורניה הסדר שמטרתו להילחם בדיפ-פייק בתקופת הבחירות.²¹¹ חוק זה אוסר על הפצת סרטוני וידאו שעברו מניפולציה ובהם מופיעה תמונתו של מועמד בבחירות, והאדם הסביר עשוי לטעות בכך, בטווח של 60 יום לפני הבחירות.

²¹⁰ שם, פסקה 8 להחלטתו של השופט פוגלמן.

²¹¹ AB730

אולם, חוק זה חל רק על סרטונים בהם מודבקת תמונתו של מועמד בבחירות לתוך תמונה של אדם אחר, או על סרטונים בהם מודבקת תמונה של אדם אחר על תמונתו של מועמד בבחירות.²¹² בנוסף, החוק לא חל על סרטונים בהם מופיע כיתוב המכריז על אי-אמיתותו של הסרטון.²¹³

בדומה לדיון שערכנו בהחלטתו של פוגלמן, חוק זה אינו עומד במבחן העזר שגורס כי התמודדות צריכה להיות מוכוונת אופן הפצה ולא מוכוונת תוכן. הקביעה כי רק סרטון המטעה את האדם הסביר יהא אסור נכנסת לתחום המסוכן של הסדרת התוכן. היא גם אינה עומדת במבחן העזר השני, שכן ההתמודדות תהיה אקס-פוסט, כתלות בהחלטה שיפוטית. בנוסף, לא ברור מדוע תחולתו של החוק היא רק על סרטונים המכילים תמונה של מועמד בבחירות, שכן השפעה על הבחירות יכולה להיעשות גם באמצעות סרטוני דיפ-פייק של אנשים משפיעים אחרים, כגון פוליטיקאים לשעבר, אנשי רוח ודת, מפורסמים ועוד. שלישית, גולשים עלולים להסיר את הכיתוב המכריז על אי-אמיתות הסרטון, ולהמשיך להפיצו ללא כיתוב זה.

לאור דברים אלה, ולאור החלפת הפרדיגמה עליה עמדנו לעיל, נבקש להציע כיוון לתיקון של החקיקה הקליפורנית כך ש-90 יום לפני הבחירות יחול איסור גורף להשתמש בטכנולוגיית דיפ-פייק.²¹⁴ כבר כאן נציין: חקיקה מהסוג המוצע אף היא אינה חפה מקשיים, ובכל זאת נראה שהיא תעמוד טוב יותר במבחני העזר.

כפי שהסברנו – הגורם הבעייתי בדיפ-פייק הוא עצם המדיום ולא התוכן המופץ בו. במבט ראשון ההבדל אולי נראה דק, אך הוא מאוד משמעותי. לדידנו, יש פער עצום בין הפצת תוכן כוזב בכתב (למשל לפרסם כי פלוני אמר כך וכך, או לצטט בצורה שקרית דברים שלא אמר אלמוני) לבין הלבשת טקסטים כאלה על דמותם של אנשים באמצעות טכנולוגיית דיפ-פייק. המדיום הדיגיטלי יוצר סוג אחר של שקר. במילים אחרות, חומרתו של הדיפ-פייק לא נובעת באופן ישיר מעוצמת השקר המובע בו, אלא מעצם המדיום בו נעשית המניפולציה. מכיוון שכך, איסור על שימוש בדיפ-פייק 90 יום לפני הבחירות הוא איסור שמבוסס על עצם המדיום, ולא על התוכן המובע בו. שכן כל הפצה של סרטון דיפ-פייק תהיה אסורה. המשמעות של ההבחנה בין המדיום למסר תבוא לידי ביטוי, למשל, בשאלה כיצד מכריעים אם זהו סרטון אסור על פי החוק. בנקודה הזו תתגלע מחלוקת בין ההסדר הקליפורני להסדר המוצע כאן. כאשר האיסור מבוסס על בחינה תוכנית, בדומה להסדר הקליפורני, הסרטון יובא לבחינה שמטרתה לבדוק האם הצופה הסביר עלול להיות מוטעה מהסרטון. בניגוד לכך, על פי ההצעה הזו, הבחינה אותה יש לערוך היא בחינה טכנית באופיה – בחינה שמנסה להכריע האם מדובר על סרטון מפוברק, ערוך ומזויף או שמא מדובר בסרטון

²¹² סעיף (a) 2010.

²¹³ סעיף (b) שם.

²¹⁴ החוק בקליפורניה אוסר על הפצת סרטוני דיפ-פייק של מועמדים בבחירות בתקופה של 60 ימים לפני הבחירות, אך אנו מציעים להרחיב זאת ל-90 ימים הנוהגים בדין הישראלי כ"תקופת ההגבלה" בה מוטלים האיסורים והמגבלות על תעמולת הבחירות: "האיסורים וההגבלות לפי חוק זה יחולו, אם אין בו הוראה אחרת לענין זה, בתקופת 90 הימים שלפני יום הבחירות, וביום הבחירות" (ס' 2 לחוק דרכי תעמולה).

אמיתי.²¹⁵ בכך עומדת ההצעה במבחן-העזר הראשון: היא אינה נזקקת לתוכן הדיפ-פייק, אלא למדיום עצמו.

לצורך חידוד ההבדל בתוצאות ניטול לדוגמה מצב שבו מפלגה מפרסמת דיפ-פייק ובו מקריא מועמד מתחרה טקסט שדלף לתקשורת יום קודם לכן מתוך פורום סגור. בחינה תוכנית מן הסתם תעורר את השאלה האם מדובר בהטעיה, וייתכן שאף תביא למסקנה שאין בכך הטעיה, זאת מכיוון שהדברים אכן נאמרו על ידו. בניגוד לכך, בחינה מבוססת מדיום תפסול פרסום תעמולה כזו בנקל, זאת מכיוון שברור שמבחינה טכנית מדובר בשימוש בדיפ-פייק. פסילה כזו כלל לא נזקקת לבחינת תוכן, אלא מתרכזת בהיבט הטכני של הסרטון. בבחינה כזו, מובן שגם מקרים בהם התוכן המולבש על הדמות נאמר על ידי הדמות (למשל בפורום סגור) או נכתב על ידה – יסווגו כאסורים.

נושא נוסף שדורש תיקון וסטייה מן החוק הקליפורני הוא בתוכן האסור. בעוד שבחוק הקליפורני רק שימוש במועמדים בבחירות נאסר, וגם זאת באופן שמטעה את האדם הסביר, נראה שלאור מבחן-העזר עדיף להחיל איסור גורף על השימוש בטכנולוגיה בתוך 90 יום. זאת מכיוון שקביעה גורפת כזו נמנעת מלבחון את התוכן. חרף התרומה הפוטנציאלית שלו לשיח (למשל בהעברת מסרים באופן יצירתי), נראה שהנזק הגדול שהוא גורם גובר על תרומה זו ומצדיק איסור גורף.

אימוץ ההסדר המוצע אמנם לא מהווה פתרון מושלם לדרישה של מבחן-העזר השני, להתמודדות אקס-אנטה, אך הוא קרוב יותר לשם. נסביר. כפי שפרטנו, אחת המטרות המרכזיות של מבחן-העזר השני הוא להגביר את הוודאות המשפטית. בהסדר הקיים כיום כפי שהוא משתקף מהחלטתו של השופט פוגלמן בעניין *יש עתיד* קיים חוסר ודאות רבה. היכולת להעריך אם סרטון דיפ-פייק יפסל או לא נמוכה מאוד. ההסדר הקיים בקליפורניה מעט יותר טוב, מכיוון שהוא מתווה גבולות, גם אם מטושטשים, ובכך תורם מעט לוודאות המשפטית. קרוב לוודאי שפרסום סרטון דיפ-פייק מטעה של מועמד בתוך 60 יום לפני הבחירות יפסל. אולם, כפי שפרטנו, גם הסדר זה לוקה בחוסר ודאות בשל העובדה שהוא כפוף למבחן הטעיית האדם הסביר. במובן הזה – של הגברת הוודאות – המבחן הטכני המוצע (שבו נבחנת השאלה הטכנית האם מדובר בעריכת הוידאו, ולא האם התוכן הערוך הוא מטעה) מקדם את המצב באופן משמעותי. הגברת הוודאות תבוא לידי ביטוי בכך שכל אדם שיבצע עריכה של סרטוני דיפ-פייק יעבור על החוק. אמנם אין בכך מניעה מוקדמת של השימוש בכלי זה, ובמובן הזה ההצעה אינה עומדת באופן מיטבי במבחן העזר-השני, אך עצם הידיעה שהמעשה אסור טרם הפצת הסרטון, ולא רק בהכרעה שיפוטית לאחר מכן, בהחלט מגבירה את הוודאות.

²¹⁵ בשנים האחרונות ישנה ספרות הולכת וגדלה שעוסקת בשיטות לזיהוי סרטוני דיפ-פייק המבוססות על בחינה טכנולוגית. לגבי הצורך לפתח טכנולוגיות לצורך זיהוי וחשיפת סרטונים מזויפים ראו Marie-Helen Maras & Alex Alexandrou, *Determining Authenticity of Video Evidence in the Age of Artificial Intelligence and in the Wake of Deepfake Videos*, 23 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 255 (2019). לסקירה של דרכים שונות בהן ניתן לזהות אם הסרטון נוצר על ידי Deepfake ודין בתיארוג והחסינות בכך ראו Digvijay Yadav and Sakina Salmani, *Deepfake: A Survey on Facial Forgery Technique Using Generative Adversarial Network*, 2019 INT'L CONF. INTEL. COMPUTING & CONTROL SYS. (ICCS) 852-857 (2019).

לצד תיקונים אלה, ישנן נקודות בהסדר הקליפורני שלאור מבחני העזר ראוי לאמץ. כך למשל, כמו בהסדר בקליפורניה ראוי שההתמודדות לא תהיה תלויה באופי המפיץ, ותהיה אסורה על כל אדם, ולא רק על מתמודדים בבחירות. בנוסף, קביעת האיסור בחקיקה נושאת רווח כפול: כפי שהוסבר, היא מגבירה את הוודאות. בנוסף, ובהתאם למבחן העזר-השלישי היא אינה משאירה את ההתמודדות לרגולציה עצמית של הרשות החברתית. יתרון זה מודגש במיוחד על רקע הצעות בספרות שקראו לפעול באופן זה.²¹⁶ גם ביחס לדיפ-פייק, בדומה להצעתנו בעניין האנונימיות ברשת, מדובר בהצעה להגביל את חופש הביטוי הגבלה משמעותית יותר משהוצע עד כה. לדעתנו, הגבלות משמעותיות אלה מוצדקות לאור התפיסה הפרוגרסיבית של חופש הביטוי ולאור הגישה הרואה באינטרנט ברייה חדשה המשנה סדרי עולם, אליה יש להתאים דוקטרינות חדשות. שנית, אנחנו מודעים לקשיים הטכניים שעשויים לעלות מיישום ההצעה. ראוי לדון בקשיים אלה בכובד ראש, אך נדגיש שהצעה זו נועדה בעיקרה להמחיש את מבחני העזר ואת הגישות התיאורטיות לדיני תעמולת הבחירות ברשת.

ז. סיכום

המפגש של דיני תעמולת הבחירות עם הרשת מעורר שאלות כבדות משקל, היורדות עד לשורשם של עקרונות משפטיים בסיסיים כחופש הביטוי, בחירות דמוקרטיות ויחסי משפט ואינטרנט. מערכות הבחירות בשנים האחרונות ברחבי העולם חשפו עד כמה סוגיית תעמולת הבחירות ברשת נוגעת ליסודות הדמוקרטיה, ועד כמה נחוצה התמודדות משפטית עם האתגרים שהיא מציבה.

במאמר זה הצענו כי ראוי להחליף את הפרדיגמה בה אוחזים שעה שעוסקים בדיני התעמולה ברשת. מטרתנו להראות שככלל, האופן שבו הפסיקה והמחקר מתייחסים לסוגיית התעמולה האינטרנטית אינה תואמת למציאות המתקיימת ברשת. לאחר שסיווגנו את הבעיות השונות למעגלים השונים, הראינו שהאתגרים מחייבים לשקול ולאזן בין הערכים השונים באופן שונה. באופן ספציפי הצענו כי ראוי לאמץ גישה פרוגרסיבית יותר אשר מצדיקה התערבות נרחבת מצידה של המדינה, זאת כדי לקדם הגנה על הזכויות הלכה למעשה, ולא רק באופן תיאורטי. לאור ההחלפה הפרדיגמטית ולאור הקריאה לאימוץ גישה פרוגרסיבית רחבה ביקשנו להתוות ארבעה מבחני עזר שנועדו לעזור להעריך עד כמה הצעה מסוימת אכן הולמת את הרקע התיאורטי של דיני התעמולה ודיני האינטרנט. כדי לסבר את האוזן, ולתת נופך מציאותי למבחני העזר שהצגנו העלנו שתי הצעות אשר מטרתן התמודדות עם חלק מהאתגרים שהרשת מציבה בפני דיני התעמולה. אנו מקווים שמאמר זה ישתלב בשיח המשפטי הער על דיני תעמולת הבחירות ברשת, ושהפתרונות הבאים שיוצעו בשיח זה יתייחסו לדיני התעמולה במבט צופה פני עתיד, מתוך הכרה באתגרים האמיתיים שמציב האינטרנט לפתחן של מדינות דמוקרטיות.

²¹⁶ ראו למשל: Robert Yablon, *Political Advertising, Digital Platforms, and the Democratic Deficiencies of Self-Regulation*, 104 MINN. L. REV. HEADNOTES 13, 36–38 (2020).