

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

מאת

יונדב סמט ועדו שלזינגר\*

עלייתו המטאורית של האינטרנט מזמנת לעולם המשפט שאלות רבות ומגוונות, עד כי לעתים הוא מתקשה "לעמוד בקצב" של העולם הטכנולוגי. אחד הביטויים המרכזיים ביותר לתופעה זו הוא המעבר של תעמולת הבחירות מכנסים ומחוגי בית – אל העולם הווירטואלי. רשימה זו בוחנת במבט ביקורתי את תחולתם של דיני תעמולת הבחירות בישראל על הרשת, לאור גישות שונות בספרות על יחסי משפט ואינטרנט. לשם כך, אנו עומדים על המאפיינים הייחודיים של תעמולת הבחירות החדשה, וטוענים כי מערכות הבחירות בעידן הרשתות החברתיות מציבות בפני המשפט אתגרים חדשים שלא התעוררו במערכות הבחירות הקלאסיות, בשלושה מעגלים נפרדים של "זיוף". נטען כי הדין הנהג בישראל טרם הפנים את המהפך הדרמטי שעבר עולם התעמולה, וכי נדרש שינוי פרדיגמטי בנוגע ליחסי המשפט והאינטרנט בהקשר של דיני הבחירות. את הדיון התיאורטי והסיווג המושגי לשלושה מעגלים נבקש לרתום לצורך התוויית מספר קווים מנחים לאסדרה של חופש הביטוי ברשת בתקופת בחירות. לבסוף, נציע שתי הצעות קונקרטיות ונבחן אותן באמצעות הקווים המנחים שהוצעו ברשימה.

**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.** 1. המעגל הראשון: מעגל התוכן השקרי. 2. המעגל השני: מעגל האלגוריתמיקה של הרשתות החברתיות. **ג. המעגל השלישי – מניפולציות של שחקני משנה.** 1. אוטרים ובוטים. 2. מיקרו-טרגטינג. 3. דיפ-פייק. **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 מדינתית ולא רגולציה עצמית של הרשתות. **ו. הצעות לפתרון.** 1. הגבלת האנונימיות ברשת בתקופת בחירות. 2. איסור על השימוש בדיפ-פייק. **סיכום.**

\* 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.

## מבוא

ההתפתחות הטכנולוגית בעשורים האחרונים שינתה לבלי הכר תחומים רבים בחיינו. השינויים הטכנולוגיים מזמנים לעולם המשפט שאלות רבות ומגוונות, עד כי לעיתים הוא מתקשה "לעמוד בקצב" של העולם הטכנולוגי, כדבריו של השופט רובינשטיין: "המשפט רודף אחר ההתקדמות הטכנולוגית והבעיות המשפטיות שהיא מציבה, רודף ואינו משיג"<sup>1</sup>. 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 2.1152.13%<sup>2</sup>. 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 פעם ביום, יותר מכל אמצעי תקשורת אחר.<sup>3</sup> בכך הפך האינטרנט ל"כיכר העיר" החדשה, שבה מתקיים רובו של השיח הציבורי והאקטואלי.

אחד הביטויים הבולטים ביותר של תופעה זו הוא דרכי התעמולה במערכות הבחירות ברחבי העולם. בעבר התנהלו מערכות הבחירות בעולם הממשי בעצרות בחירות, בחוגי בית ועל גבי דפי העיתונים. עם עלייתה של הטלוויזיה היא נוספה למוקדי התעמולה הקלאסיים, והחלו לשדר בה תשדירי תעמולה ועימותים בין המתמודדים בבחירות. בארצות הברית 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 התאימו הפוליטיקאים את עצמם למציאות המשתנה והחלו להשתמש בדרכי תעמולה חדשות. הם משקיעים עוד ועוד משאבים בתעמולה באינטרנט וברשתות החברתיות על חשבון אמצעי התקשורת המסורתיים ומכוונים את עיקר מאמצי התעמולה ל"כיכר עיר" חדשה זו.<sup>4</sup> בכך עבר מוקד התעמולה המרכזי מכינוסי 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

- 1 בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פס' יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 12.11.2015).
- 2 ראו Max Roser, Hannah Ritchie & Esteban Ortiz-Ospina, *Internet, OUR WORLD IN DATA* (2015), <https://bit.ly/39aNGdZ>. כן ראו *Internet Usage Statistics – The Internet Big Picture*, (2015), <https://bit.ly/38ysYVb>. INTERNET WORLD STATS (Mar. 31, 2021), <https://bit.ly/38ysYVb>.
- 3 תהילה שוורץ אלטשולר **אמון הציבור בתקשורת וברשתות החברתיות בישראל** 3 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019) <https://bit.ly/3adX9Bq>.
- 4 ראו יקי אדמקר "5 מיליון שקל לקוקפיט: כמה מוציאות המפלגות על תעמולה בפייסבוק?" **וואלה!** (24.2.2020) <https://bit.ly/3GSUut6>; מאיר אזנקוט **ניתוח הוצאות המפלגות במערכות הבחירות האחרונות לכנסת ולרשויות המקומיות** 7 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2019).

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 הכול יכולים להשתתף בשיח הציבורי באותה מידה.<sup>5</sup> המצדדים בגישה זו האמינו שהביזור שמאפיין את האינטרנט יוביל לפירוק מוקדי הכוח בשוק התקשורת – המוציאים לאור של העיתונים ועורכי 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 כלא מוגבלות, ולפיכך חופש הביטוי ברשת נתפס כמוחלט.

כפועל יוצא של תפיסה זו קראו המחזיקים בה לאימוץ מדיניות שכונתה hands off, שלפיה אין למשטר כלל את האינטרנט באמצעות רגולציה על מנת לא לפגוע באותו עולם חדש, אוטופי כמעט, של חופש ביטוי לא מוגבל. גישה זו באה לידי ביטוי המזוקק ביותר ב"הצהרת העצמאות של מרחב הסייבר" שפרסם ג'ון בארלו, שבה הוא קרא לממשלות להשאיר את הרשת חופשית ושלל את זכותן של המדינות לאסדר את האינטרנט.<sup>6</sup> הדגמה נוספת לגישה זו ניתן לראות במסמך הרשמי שפרסמו נשיא ארצות הברית לשעבר ביל קלינטון וסגנו אל גור, המשקף את מדיניות ממשלם בנוגע לאסדרת האינטרנט.<sup>7</sup> במסמך נטען כי על המגזר הפרטי להוביל את האינטרנט והוא קורא להתערבות ממשלתית מעטה, רק במקרים שבהם אין ברירה. תפיסה זו של יחסי משפט ואינטרנט והטענה כי אין להטיל רגולציה על הרשת קנתה לה אחיזה בקרב מלומדים רבים,<sup>8</sup> 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 שהלכה ונעשתה רווחת אינה רואה באינטרנט הוויה חדשה שמבחינה נורמטיבית אין לאסדר אותה, אלא

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

6 John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, ELECTRONIC FRONTIERS FOUND (Feb. 8, 1996), <http://bit.ly/2OPsni4>

7 WILLIAM J. CLINTON & ALBERT GORE, JR., *A Framework for Global Electronic Commerce* (1997)

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

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 טבע את הביטוי "חוק הסוס" כדי לתאר זאת.<sup>9</sup> לטענתו, האינטרנט הוא גרסה חדשה לדברים מוכרים, וכשם שאין חוקים המטפלים ספציפית בסוסים (אלא דיניהם שזורים ברחבי הדין הכללי – עונשין, חוזים, נזיקין, קניין וכו'), כך גם אין צורך ב"דיני אינטרנט" ייחודיים. גישה זו קנתה לה אחיזה מסוימת גם בדין הישראלי, בחקיקה ובפסיקה. למשל, חשבונית מס אלקטרונית הוכרה כקבילה כמו חשבונית מודפסת;<sup>10</sup> נקבע כי יש לראות בפעולת השיתוף (share) ברשתות החברתיות "פרסום" הבא בגדרי חוק איסור לשון הרע, ממש כמו שיתוף בעולם הלא-אלקטרוני;<sup>11</sup> סכסוכים על כתובות של אתרים (שמות מתחם, domain names) נפתרו באמצעות הדוקטרינות הקיימות של דיני סימני המסחר,<sup>12</sup> ועוד.

פסק דין חשוב שעסק בסוגיית ההיקש מהדינים העוסקים בעולם הפיזי אל העולם האינטרנטי הוא פסק הדין בעניין **איגוד האינטרנט הישראלי**.<sup>13</sup> בפסק הדין נדונה השאלה אם אתר אינטרנט העוסק בהימורים נופל בהגדרה "מקום משחקים אסור" שבחוק העונשין, אף שלשון החוק מכוונת ל"מקום" פיזי דווקא. 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.<sup>14</sup> 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".<sup>15</sup> השופט פוגלמן הסכים לפרשנות

9 ראו Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207, מלומד נוסף שתמך בגישה זו, ואף הרחיב את היריעה בעניינה, 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 359, 360–361 (2006); יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" **מחקרי משפט** כג 259, 260–259 (2006).

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

11 רע"א 1239/19 **שאל נ' חברת נידלי תקשורת בע"מ** (נבו 8.1.2020).

12 נעמי אסיא, פורמן מרטין ואביבה גולדשטיין "כתובות באינטרנט כסימני מסחר" **שערי משפט** א 189 (1997).

13 ע"ם 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פ"ד סו(2) 159 (2013).

14 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט סולברג.

15 נדגיש שאין מדובר בהכרח בגישה עקרונית לאופן ההסדרה הרצוי של הרשת אלא באידאולוגיה שיפוטית בנוגע לדרך שבה צריך שופט לפסוק כאשר החקיקה אינה מעודכנת. בשל 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 שהתופעות מתהוות ולא שנים לאחר מכן. מייד לאחר שהשופט סולברג עמד על הקושי להתמודד עם המהירות שבה הפשיעה באינטרנט משתכללת, הוא ציטט דברים דומים שכתבה השופטת חיות כבר בשנת 2006 (שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט סולברג). כפי שנטען בהמשך, הטענה שהאינטרנט מתפתח ומשתנה תדיר אינה יכולה להצדיק התעלמות של המחוקק מטיפול בו.

אנלוגית זו,<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> החלטתו התקדימית של השופט מלצר להחיל את דיני התעמולה על האינטרנט, שבה נעסוק בהרחבה בהמשך, נשענת גם היא על פסק דין זה.<sup>18</sup> מלומדים רבים תמכו (ועדיין תומכים) בגישה אנלוגית זו, והם סבורים שאין לדאות באינטרנט מדיום חדש שמשנה סדרי עולם ומחייב מהפכה דוקטרינרית, אלא יש להחיל עליו את הכללים המשפטיים הקיימים.<sup>19</sup> 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 בקוף המחט.<sup>20</sup> עוד נשוב לאמירתו זו של חשין בהקשר 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 א של המאמר עוסק בדיני תעמולת הבחירות. ראשית נפרוס רקע תאורטי 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 יחתם בסקירה של כמה פתרונות שהוצעו בספרות לפתרון הקשיים שמעורר החוק המיושן, ונצביע בו על הקשיים התאורטיים והיישומיים שאלו מעוררים. בפרק ב נפרוס את הרקע לדין הרצוי לדעתנו בנוגע לתעמולת הבחירות ברשת ונציע הבחנה בין שלושה מעגלים שונים של זיוף המתרחשים בתעמולת הבחירות ברשת. פרק ג ירחיב על המעגל השלישי, העוסק במניפולציה של שחקני המשנה ברשת, ובו יתמקד מאמרנו. בפרק ד ננתח במבט־על את דיני התעמולה ואת הפתרונות השונים שהוצעו מזווית תאורטית. המטרה באימוץ מבט־על היא לזהות יסוד פרדיגמטי משותף לכלל ההצעות. בסיום הפרק נקרא להחלפת פרדיגמה בנוגע ליחסי משפט ואינטרנט, בשל מאפייניה הייחודיים של תעמולת הבחירות ברשת. בפרק ה נתווה ארבעה קווים מנחים ומבחני עזר לפתרונות עתידיים לבעיות שמעוררת תעמולת הבחירות המקוונת. קווים מנחים אלו נובעים מהרקע התאורטי ומהניסיון הפסיקטי שיוצג קודם לכן. בפרק ו נדגים כיצד ניתן להשתמש בקווים מנחים אלו על מנת לבחון וליישם פתרונות והסדרים שהוצעו לבעיות הקשורות לתעמולת הבחירות

16 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

17 ראו למשל בעניין **חשבים ה.פ.ס.**, לעיל ה"ש 1, פסק דינו של השופט פוגלמן; גל יהושע ובוועד 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, 15 (2013).

18 ראו פרק א להלן.

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

20 תב"ם 16/01 **סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' סגן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד נה(3) 159, 166 (2001).

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 (מניפולציה דיגיטלית של צליל, תמונות או וידאו שמטרתה להתחזות למישהו או לגרום לו להיראות כאילו עשה משהו שלא נעשה מעולם).

## 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 בעידוד 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, ותכליתם היא להסדיר את המותר והאסור בפעילותם הפוליטית של המפלגות ושל הפוליטיקאים.<sup>21</sup> מקובל אפוא להתייחס לדיני התעמולה כמאזנים בין כמה עקרונות שונים.

ראשית, דיני התעמולה נועדו לקדם את חופש הביטוי הפוליטי, שניצב בגרעין הזכות לחופש ביטוי<sup>22</sup> ומקבל משמעות מיוחדת בתקופת בחירות.<sup>23</sup> תכליתם של דיני התעמולה בהקשר זה היא להבטיח פלורליזם והחלפת דעות הדדית וליידע את הבוחרים על עמדותיהן של המפלגות השונות כדי לאפשר לכל אזרח בחירה מודעת, מושכלת וחופשית.<sup>24</sup> 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: סיכוייהם של כל המתמודדים להתמודד על קולו של הבוחר יהיו שווים.<sup>25</sup> עיקרון זה מתגלם בדיני תעמולת הבחירות, והוא כאמור אחת מתכליותיו של חוק זה. שתי התכליות הללו – חופש הביטוי והשוויון – מוכרות כתכליות העיקריות של דיני

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

22 ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 23, 26 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פס' 3 לפסק דינו של השופט ריבלין (נבו 28.6.2006); אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה 731 (2014) (להלן: ברק הזכות החוקתית).

23 ראו בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2) 692, פס' 17 לפסק דינו של השופט 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: דוח ביניש).

24 בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (נבו 15.1.2013). דברים דומים אמר הנשיא שמגר בבג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, פס' 4 לפסק דינו (1984).

25 ראו 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, פס' 1 לפסק דינו של השופט ברק (1981).

התעמולה,<sup>26</sup> והן ממוקדות במפלגות ובפוליטיקאים. הן מבקשות לקדם את זכותם של המתמודדים בבחירות להשמיע את דבריהם במסגרת חופש הביטוי הפוליטי ולשמור על השוויון בין המתמודדים, כדי 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, ואלו 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; מניעת עיוותים בהליך הבחירות ובתוצאותיהן.<sup>27</sup>

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. למשל, עקרון השוויון מוביל להגבלת היקף התעמולה או ההוצאות של המפלגות, שאם לא כן יוכלו המפלגות העשירות ביותר להשתלט על השיח הציבורי ולזכות ביתרון לא הוגן.<sup>28</sup> דיני התעמולה מנסים לאזן בין התכליות השונות, והם מטילים הגבלות שונות על המפלגות ועל הפוליטיקאים בתקופה הסמוכה לבחירות כדי להגיע לאיזון זה.<sup>29</sup> על טיבו של המתח בין התכליות ועל האיזון 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 לבינן עצמן, כנשמתו

26 ראו עניין זווילי, לעיל ה"ש 23, פס' 17–20 לפסק דינו של השופט ברק; תהילה שוורץ אלטשולר וגיא לוריא **תעמולה דיגיטלית והאיום על הבחירות** 16 (מחקר מדיניות 155, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2020) (להלן: שוורץ אלטשולר ולוריא **תעמולה דיגיטלית**); דוח ביניש, לעיל ה"ש 23, בעמ' 21–22.

27 ראו ס' 5 לחוק יסוד: הכנסת; בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(1) 750**, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); ע"א 10596/02 **נס נ' תנועת הליכוד, תנועה לאומית ליברלית, פ"ד נז(1) 769**, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); דנג"ץ 1525/15 **טיבי נ' מפלגת ישראל ביחננו**, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 23.8.2017); תב"כ (י"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21) 8/21 **בן מאיר נ' הליכוד**, פס' 68 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 27.2.2019). ראו גם ג'ובראן ורווה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 533; גיא לוריא ותהילה שוורץ אלטשולר **רפורמה בדיני תעמולת הבחירות** 19 (מחקר מדיניות 109, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015) (להלן: לוריא ושוורץ אלטשולר **רפורמה**).

28 גם כיום ניכרת העדפה בדיני הבחירות למפלגות גדולות על פני קטנות ולמפלגות קיימות על פני חדשות, מה שעלול להיות יתרון לא הוגן. כך למשל בנוגע למימון מפלגות ולהסכמי עודפים.

29 ראו 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.

של חוק דרכי התעמולה. פתרון הסתירה אינו בהעדפת התכלית האחת על פני רעותה. הפתרון מצוי באיזון הראוי בין התכליות הסותרות.<sup>30</sup>

אם כן, דיני התעמולה מסדירים את ההתנהלות הפוליטית בתקופה שקודמת לבחירות אגב איזונים בין הרציונלים והתכליות שבבסיסם. סקירה של המשפט המשווה מעלה כי מדינות שונות ברחבי העולם בוחרות בנקודות איזון שונות בין התכליות. יש מדינות שבהן ההגבלות על תעמולת הבחירות מועטות (כגון ארצות הברית), ואילו במדינות אחרות ההגבלות נרחבות יחסית (שווייץ). גם הדרכים שבהן מסדירים את התעמולה שונות ממדינה למדינה. למשל, במדינות מסוימות המדינה מעניקה זמני שידור שוויוניים למפלגות בערוצים הציבוריים, ולעומת זאת יש מדינות שבהן המפלגות יכולות לרכוש זמני שידור, אך קיימת הגבלה על התקציב.<sup>31</sup>

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

החוק העיקרי המסדיר את תעמולת הבחירות בישראל הוא חוק הבחירות (דרכי תעמולה).<sup>32</sup> בחוק זה כלולות הוראות רבות המגבילות את תעמולת הבחירות של המפלגות ושל הפוליטיקאים. חלק מהוראות החוק מגבילות את אופן התעמולה ואת אופייה והן חלות בכל אמצעי התקשורת, ואילו הוראות אחרות מתמקדות באמצעי תקשורת מסוים.<sup>33</sup>

חוק דרכי תעמולה נחקק בסוף שנות החמישים במציאות פוליטית ותקשורתית שונה לחלוטין מזו הקיימת היום, כאשר בישראל טרם היו שידורי טלוויזיה או אינטרנט, והוא תוקן מאז נקודתית בלבד. עם השנים הוסדרו בתיקונים לחוק זה התעמולה בטלוויזיה (בשנת 1969) וברדיו האזורי (1998), וכן הנושא של פרסום סקרי בחירות (2002).<sup>34</sup> בניגוד לכך, בעשרים השנים האחרונות נמנע המחוקק מלבצע תיקונים ניכרים 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".<sup>35</sup> הסדרים רבים בחוק אינם רלוונטיים למציאות התקשורתית החדשה. למשל, שידורי התעמולה המרוכזים שהתאימו למציאות תקשורתית שבה יש רק ערוץ אחד – אינם מתאימים עוד לימינו, ונראה כי מעטים הצופים בהם; האיסור על תעמולה בשידורי טלוויזיה ורדיו נאכף לעיתים רחוקות בלבד,<sup>36</sup> והוא מגביל עד מאוד את חופש הביטוי של המפלגות, בניגוד מוחלט לתעמולה

30 עניין זילי, לעיל ה"ש 23, פס' 19 לפסק דינו של השופט ברק.  
 31 לסקירה משווה של דיני תעמולת הבחירות ראו לוריא ושוורץ אלטשולר רפורמה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 47-40.  
 32 חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק דרכי תעמולה, חוק התעמולה או החוק).  
 33 ראו לוריא ושוורץ אלטשולר רפורמה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 21-22; ג'ובראן ורוה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 545-552.  
 34 ראו 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.



החופשית כמעט לחלוטין ברשת; ההגבלות על מודעות מודפסות היו רלוונטיות לעידן שבו העיתונים ולוחות המודעות היו אמצעי תקשורת עיקריים ומשאב מוגבל, אך ספק אם הן מתאימות להסדרת פרסומי תעמולה ברשת; איסורים רבים נוספים נראים מיושנים למדי (כגון האיסורים על נשיאת לפידים, על תעמולה בכלי טיס או שיט ועל שימוש ברמקול).<sup>37</sup> אולם חסרונו הגדול של החוק הוא לא מה שיש בו אלא דווקא מה שנעדר ממנו כליל – האינטרנט, שהוא מוקד התעמולה החשוב ביותר בתקופתנו.

לאורך השנים קראו יושבי ראש ועדת הבחירות למחוקק לערוך רפורמה בחוק ולהתאימו למאה העשרים ואחת. 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".<sup>38</sup> 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".<sup>39</sup> דברים דומים כתבו השופטים ביניש, רובינשטיין וג'ובראן, בסיום כהונתם כיושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית.<sup>40</sup> 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 לכך. אי-התאמתו של החוק למציאות התקשורתית החדשה והיותו של האינטרנט מרחב לא מוסדר פוגעים באיזון הדק שבין התכליות שבבסיס החוק, ונוצרה אפוא 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, נמנע המחוקק עד כה מהתאמת החוק לעידן האינטרנט ומהסדרת תעמולת הבחירות ברשת. ייתכן שהדבר אינו נובע מהכרעה עקרונית שלפיה אין להסדיר את תעמולת הבחירות ברשת אלא משיקולים מסדר שני. שיקול מסוג זה יכול להיות הקושי האינהרנטי הקיים בעדכון החקיקה בנוגע לשינויים טכנולוגיים, שמתבעם הם מהירים בהרבה מתהליכי החקיקה: "בידוע, כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע וישומיו [...] זו

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

38 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-15 ולראש הממשלה נהלים והחלטות 150 (1999) <https://bit.ly/3G2KzRb>.

39 השופט מישאל חשין, יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השבע-עשרה החלטות והנחיות: ממערכת הבחירות לכנסת ה-16 443 (2003) <https://bit.ly/3wtvPry>.

40 ראו השופט דורית ביניש, יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השבע-עשרה החלטות והנחיות 283 (2006) <https://bit.ly/3MzCG8i>; השופט אליקים רובינשטיין, יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה החלטות והנחיות: ממערכת הבחירות לכנסת ה-19 וממערכת הבחירות לרשויות המקומיות 521 (2013) <https://bit.ly/3Npsq2G> (להלן: הכנסת ה-19 החלטות והנחיות); השופט סלים ג'ובראן, יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים החלטות והנחיות: ממערכת הבחירות לכנסת ה-20 410 (2015) <https://bit.ly/3G1aWHP>.

אקסיומה" <sup>41</sup>. אקסיומה זו נכונה גם לתעמולת 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 להימנעותו של המחוקק מלהסדיר את תעמולת הבחירות באינטרנט. אולם לדעתנו שיקול זה אינו יכול להיות הצדקה להימנעות מהסדרה בתחום זה. האינטרנט איתנו זה שלושה עשורים, והרשתות החברתיות זה שני עשורים – כבר אין מדובר בתופעה חדשה שאין לדעת איך תתפתח. השפעותיה על הבחירות ניכרות היטב במדינות רבות, ואף בישראל היא משפיעה זה מכבר. התייחסות למוקד התעמולה המרכזי ביותר בתקופתנו היא חובת המחוקק, גם אם תוצרי החקיקה יצריכו התאמות ותיקונים תדירים בשל 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. <sup>42</sup> בעניין **בן מאיר**, שיידון בהרחבה בהמשך, רוב המפלגות תמכו בהסדרת התעמולה האנונימית ברשת, אף כי חלקן הסתייגו מהסדרה בדרך של "חקיקה שיפוטית" <sup>43</sup>. אם כן, שיקולים מסדר שני משחקים תפקיד נכבד באי-ההסדרה של הסוגיה הנדונה, אולם שיקולים אלה אינם מכריעים בהכרח, וכן הם עשויים להשתנות עם הזמן ולהביא למצב שבו הסדרה כזו תהיה אפשרית ואף רצויה.

### 3. הפסיקה בנושא תעמולת הבחירות ברשת

לאורך השנים ניסו יושבי ראש ועדת הבחירות להתמודד עם החוק הארכאי ולהתאימו לעידן האינטרנט. להלן נסקור את הדרכים שבהן ניסתה הפסיקה להתמודד עם הבעיות שהציב האינטרנט בפני דיני התעמולה. נצביע על הקשיים שבפתרונות אלה ונטען כי הפתרונות השונים הם צופי פני עבר ואינם ערים למאפיינים הייחודיים של התעמולה ברשת. בהמשך המאמר ננתח את תפיסת העולם התאורטית שמשקפת בפתרונות הללו ונטען כי נדרשת החלפת פרדיגמה באשר לתפיסה זו.

סוגיית תחולתו של חוק התעמולה על הרשת החלה להעסיק את יושבי ראש ועדת הבחירות למן ראשית שנות האלפיים. כזכור, החוק אינו מתייחס כלל לאינטרנט, ומבחינה משפטית נשאלה השאלה אם מדובר בלאקונה או בהסדר שלילי. <sup>44</sup> השאלה התעוררה

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

42 נוסף על זה, קונסטלציות פוליטיות מפתיעות יכולות להביא איתן חקיקה מפתיעה שהיתכנותה נראתה לא מבטיחה, כך שייתכן שבעתיד תקודם חקיקה כזו. 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, פס' 13–21 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר.

44 על הבחנה זו ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 113–114 (1993); על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, פס' 3 לפסק דינו

לראשונה בבחירות לכנסת ה-16, בעתירה נגד ח"כ אופיר פינס, שרצה לנהל צ'אט עם גולשים באתר האינטרנט של עיתון "מעריב".<sup>45</sup> העותרת, מפלגת ש"ס, טענה כי אי-ההסדרה של האינטרנט בחוק התעמולה כמוהו כהסדר שלילי, והתעמולה באינטרנט אסורה איסור גורף.<sup>46</sup> 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".<sup>47</sup> לדידו, הימנעותו של המחוקק מהסדרת התעמולה באינטרנט משמעה שתעמולה זו מותרת התרה גורפת, ואין חלות 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 הסוגיה בשנית. הפעם לא ביקשה העותרת לטעון שבשתיקתו באשר לאינטרנט אוסר החוק כל תעמולה ברשת, אלא שהוראת חוק ספציפית האוסרת על פרסום מודעות בחירות אנונימיות<sup>48</sup> חלה גם על מודעות באינטרנט. לשון החוק מחילה איסור זה על "מודעות מודפסות המוצגות ברבים" ועל "מודעות מודפסות המתפרסמות בעתונים".<sup>49</sup> השופט ביניש דחתה את העתירה בהחלטה קצרצרה, הן בטענה כי חוק התעמולה אינו מגביל את התעמולה באינטרנט כלל (בדומה לפסיקתו של השופט חשין) והן בטענה כי הוראת החוק הספציפית עוסקת ב"מודעות מודפסות" דווקא.<sup>50</sup> אם כן, נראה שגם עמדתה של השופטת ביניש היא ששתיקת החוק באשר לאינטרנט כמוהו כהסדר שלילי.

במערכת הבחירות לכנסת ה-18 בחר השופט ריבלין לא להכריע בשאלת תחולתו של חוק התעמולה על האינטרנט, משום שהוסכם שהפרסום שנגדו הוגשה העתירה היה מזהה, ולפיכך עמד בתנאי סעיף 10(א)(3) לחוק.<sup>51</sup> אם כן, בשנותיו הראשונות של האינטרנט כפלטפורמה מרכזית בתעמולת הבחירות בחרו השופטים לראות בשתיקתו של החוק בנוגע לאינטרנט הסדר שלילי המתיר התרה גורפת תעמולה ברשת ולא לבצע כל התאמה של החוק למציאות העכשווית.

של השופט ברק (1993). לדיון בהקשר של חוק תעמולת בחירות ראו עניין חרות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 759–757.

45 עניין ש"ס, לעיל ה"ש 20.

46 שם, בעמ' 161.

47 שם, בעמ' 162–163.

48 ס' 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, ס' 10(ב).

50 תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17) 3/17 לירן נ' חברת רוטרנט בע"מ (12.2.2006).

51 תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18) 1/18 איתן נ' תנועת קדימה (נבו) 4.12.2008.

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.<sup>52</sup>

בהחלטה קודמת, כמה שבועות קודם לכן, הרחיב השופט רובינשטיין את דבריו בעניין זה.<sup>53</sup> מדבריו עולה כי עמדתו היא שאומנם אין להחיל את הוראות החוק ככתבן וכלשונו על האינטרנט, אך לא מן הנמנע לעשות זאת ב"מקרים חריגים", ו"בשינויים המחויבים". ואכן, השופט רובינשטיין פסק עוד כמה פעמים שחוק דרכי תעמולה חל באינטרנט.<sup>54</sup> מהכרעתו מתברר שלדעתו אין מדובר בהסדר שלילי, כפי שסברו השופטים חשין וביניש, אלא בלאקונה משפטית שניתן להשלימה, בזהירות ובצורה מדודה.

במערכת הבחירות לכנסת ה-20 המשיך השופט ג'ובראן את המגמה מפסיקתו של השופט רובינשטיין. השופט ג'ובראן הפריד בפסיקתו בין הוראות החוק הכלליות לבין הוראות החוק העוסקות במדיה ספציפית, כגון רדיו או טלוויזיה. אשר להוראות החוק הכלליות סבר השופט ג'ובראן כי אין כל קושי להחילן על האינטרנט. יתר על כן, הוא ציין שאינו "רואה כל הצדקה – שעה שהמחוקק קבע איסור כללי – להחריג איסור זה ולקבוע כי אינו חל באינטרנט".<sup>55</sup> אשר להוראות החוק הנוגעות להגבלות על מדיות ספציפיות היה

52 תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19) 16/19 **רשימת הבית היהודי לכנסת ה-19 נ' רשימת הליכוד ביתנו לכנסת ה-19**, פס' ה להחלטתו של השופט רובינשטיין (נבו 3.1.2013) (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" (הכנסת ה-19 **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 (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19) 2/19 **פרנקנטלר נ' אלדר**, פס' טז להחלטתו של השופט רובינשטיין (נבו 12.12.2012).

54 ראו למשל תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19) 25/19 **הליכוד תנועה לאומית ליברלית נ' אתר האינטרנט "ליכודניק"** (נבו 13.1.2013); תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19) 48/19 **גל אלדר נ' nrg מעריב** (נבו 21.1.2013); תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19) 43/19 **רשימת הליכוד ישראל ביתנו לכנסת ה-19 נ' רשימת הבית היהודי לכנסת ה-19** (נבו 18.1.2013); תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19) 38/19 **רשימת הליכוד ישראל ביתנו לכנסת ה-19 נ' רשימת הבית היהודי לכנסת ה-19** (נבו 20.1.2013).

55 תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20) 5/20 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פס' 16 להחלטתו של השופט ג'ובראן (נבו 20.1.2015).

השופט ג'ובראן מסויג יותר, אך תמך בעמדתו של השופט רובינשטיין שלפיה ניתן להחיל את הוראות החוק הספציפיות על התעמולה ברשת לפי נסיבות העניין.<sup>56</sup> את עמדתו זו יישם השופט ג'ובראן בכמה פסקי דין, בהחילו את הוראות החוק השונות, הן הכלליות והן העוסקות במדיה מסוימת, על האינטרנט.<sup>57</sup>

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

החלטתו של השופט מלצר ניתנה במסגרת עתירה שהגיש עו"ד שחר בן מאיר זמן קצר לאחר פיזור הכנסת ה-20, ובה 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.<sup>60</sup> השופט מלצר דן בדרכים השונות שבהן ניתן להשליך את החוק על פרסומים באינטרנט: פרשנות תכליתית, השלמת חסר חקיקתי, היקש ו"עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".<sup>61</sup> ביני לבני דחה 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 מאותה עת ולהבא על המפלגות מושא העתירה את האיסור לפרסם תעמולה אנונימית ברשת.<sup>62</sup> מאז יושבי ראש הוועדה פוסקים לפי החלטה זו, והמצב הנוהג בפועל הוא שחוק דרכי תעמולה אוסר על מפלגות ועל כל גורם הפועל בתיאום עימן לפרסם תעמולת בחירות אנונימית בכל המדיות השונות.<sup>63</sup>

56 סיכום בהיר של עמדתו ניתן למצוא שם, פס' 21 להחלטה.

57 ראו תר"ם 12/20 **אבן-זוהר נ' ראש עיריית ראשון לציון** (נבו 12.6.2013); תר"ם 22/20 **רוזן נ' ראש עיריית הוד השרון** (נבו 1.7.2013); תר"ם 58/20 **רשימת מהפך ברמה בראשות נורית אבנר נ' ראש עיריית רמת השרון** (נבו 7.8.2013); תר"ם 115/20 **כהן נ' ראש המועצה המקומית מבשרת ציון** (נבו 17.9.2013); תר"ם 177/20 **בר-לב נ' קורן** (נבו 17.10.2013); תב"כ 11/20 **קצין הבחירות בצה"ל נ' מפלגת הבית היהודי** (נבו 1.2.2015); תב"כ 31/20 **קצין הבחירות בצה"ל נ' מפלגת "יחד"** (נבו 4.3.2015).

58 בדוח ביניש (לעיל ה"ש 23) נעסוק בהמשך.

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

60 שם.

61 שם, פס' 66-82 להחלטתו של השופט מלצר.

62 שם, פס' 85.

63 ראו למשל תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24) 18/24 **רשימת ימיה נ' אאוטכריין ישראל בע"מ** (נבו 1.3.2021); תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23) 33/23 **בן גביר נ' Facebook Inc** (נבו 1.3.2020); תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23) 38/23

החלטתו של השופט מלצר נחגגה בארץ ובעולם כהחלטה תקדימית שהפכה את ישראל למדינה הראשונה שהסדירה את תעמולת הבחירות ברשת.<sup>64</sup> השופט מלצר הוזמן לכינוסים בארץ וברחבי העולם והוצג כמי שהציב את ישראל בחזית הקדמה והתמודד לראשונה עם בעיות תעמולת הבחירות באינטרנט.<sup>65</sup> אולם הצגה זו של הדברים רחוקה מהמציאות. ראשית, החלטתו של השופט מלצר פותרת את בעיות האתמול. היא מתייחסת לפוסטים ברשתות החברתיות כאל "מודעות בחירות" אף שהם נושאים אופייניים שונה לחלוטין. 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".<sup>66</sup> אולם המציאות מוכיחה כי קשה עד בלתי אפשרי לזהות מי עומד מאחורי פרסומים מסוימים, ואף קשה יותר לזהות אם הוא פועל מטעם מפלגה בתשלום.<sup>67</sup> זכורה במיוחד פרשת "פרויקט הבוטנים הגדול", שהחלה בתחקיר של העיתונאי רונן ברגמן על רשתות בוטים שהפעילה מפלגת הליכוד,<sup>68</sup> והסתיימה בקול ענות חלושה בדחייה של עתירה בנושא, לאחר שהעותרים לא הצליחו להוכיח כל קשר בין הליכוד למפעילי הרשת.<sup>69</sup>

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 המניעה אינם מרתיעים אותן.<sup>70</sup> בכך הן "קונות" את הרשות להשתמש באמצעים הללו חרף החלטות יו"ר ועדת הבחירות.

שלישית, לדעתנו מקומו של הסדר כה חשוב 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. בהחלטה שיפוטית זו קבע השופט מלצר את נקודת האזיון בין הזכויות המתנגשות. אף שאנו סבורים שככלל נקודת איוון זו ראויה, מוטב

מאיר נ' הליכוד תנועה לאומית ליברלית (נבו 28.2.2020); תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-22) 3/22 סיעת ישראל ביתנו נ' סיעת הליכוד (נבו 10.9.2019).

64 ראו איתמר גרנות ורנאד עיד "פרשת 'הבוטים' 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://bit.ly/3LuJu5J>. ראו גם Brett Milano, *Israeli Supreme Court Justice on Combatting Propaganda in Elections*, HARV. L. TODAY (Oct. 29, 2019), <https://bit.ly/3MrGEjn>.

65 ראו למשל שם (דברים שנאמרו בהרצאתו בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד).

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

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

68 רונן ברגמן וענבר טויוז "כך פועל מערך עצום של חשבונות מזויפים למען קמפיין הליכוד" Ynet Ronen Bergman, *Twitter Network Uses Fake Accounts to Promote Netanyahu, Israel Watchdog Finds*, N.Y. TIMES (Mar. 31, 2019), <https://bit.ly/3wtSfsy> (1.4.2019).

69 תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21) 52/21 כחול לבן בראשות בני גנץ ויאיר לפיד נ' הליכוד תנועה לאומית ליברלית (נבו 5.4.2019).

70 חנן מלצר "אינטרנט ודמוקרטיזציה של השיח הציבורי בראי מערכת הבחירות לכנסת ה-21" (הרצאה בכנס חיפה למשפט ה-11, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה 14.11.2019) <https://bit.ly/3yOjRu0>.

שהיא תיקבע בידי המחוקק, וכך היא תישען על הסכמה רחבה. המצב כיום – שדה פקטו נקבעה הלכה בשאלה עקרונית זו בידי שופט יחיד, בכובעו כיושב ראש ועדת הבחירות – רחוק מאוד מדרך המלך של חקיקה.

נעיר עוד שלא ברור מה משמעותה של החלטה זו, שכן החלטות יושבי ראש ועדת הבחירות אינן אפילו בגדר "הלכה פסוקה" שהיא תקדים המחייב את יושבי הראש הבאים. עם זאת ככלל הנוהג בפועל בין יושבי ראש הוועדה הוא לכבד את החלטות קודמיהם ואכן כך נעשה עד כה בנוגע לעניין בן מאיר.

#### 4. הפתרונות שהוצעו בספרות

לצד החלטותיהם של יושבי ראש ועדת הבחירות, התעצם לאורך השנים (בעיקר לאחר הבחירות לנשיאות ארצות הברית בשנת 2016) הדיון הציבורי והמשפטי סביב הנושא, והועלו בספרות הצעות שונות לטיפול בבעיות שמציבה תעמולת הבחירות המקוונת. לדעתנו, גם הצעות אלה אינן חפות מבעיות, וגם הן מוכוונות לפתרון בעיות האתמול.

בשנת 2015, לאחר מערכת הבחירות לכנסת ה-20, מונתה ועדה ציבורית בראשות נשיאת בית המשפט העליון בדימוס דורית ביניש, והוטל עליה לבחון את דיני התעמולה בישראל. בסוף שנת 2017 הגישה הוועדה דוח נרחב, ובו המלצתה לערוך רפורמה בדיני תעמולת הבחירות.<sup>71</sup> מסקנותיה העיקריות של הוועדה נוגעות לנושאים שאינם מענייננו, 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 הדוח הכריזה 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 נועדו להתאים את החוק לשינויים המתחייבים מעידן המידע והתקשורת החדש.<sup>72</sup>

ואולם, דוח הוועדה אינו פורע את השטר שהוצב בתחילתו. היקף ההתייחסות לאינטרנט בדוח הוא דל למדי ואינו עומד ביחס ישר למהפכה שעבר עולם התעמולה. בדוח יש רק סעיף קצר אחד שמוקדש כולו לאינטרנט.<sup>73</sup> בדומה לפסיקותיו של השופט ג'ובראן, הצעת הוועדה נסמכת על ההבחנה בין סעיפי החוק הכלליים לבין הסעיפים העוסקים במדיה

71 דוח ביניש, לעיל ה"ש 23.

72 שם, בעמ' 12.

73 שם, בעמ' 32-34.

ספציפית, ומציעה שרק הסעיפים הכלליים יחולו על תעמולה ברשת. מלבד קביעה כללית זו הדוח 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 כבר נעשתה טרם פרסום הדוח, בהחלטותיהם של השופטים רובינשטיין וג'ובראן. הצעת הדוח 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".<sup>74</sup>

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 דוח הוועדה, על אתרים שאינם שייכים לגופים המורשים לשידור בטלוויזיה 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".<sup>75</sup> 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, אף שבפתח הדוח נכתב כי אחת ממטרותיו העיקריות היא להתאים את חוק התעמולה לעידן האינטרנט, ההתייחסות לאינטרנט ולרשתות החברתיות בדוח מעטה למדי. מלבד ההצעה להחיל את הוראות החוק הכלליות על הרשת ועוד כמה הצעות נקודתיות המתייחסות לאינטרנט, הדוח נמנע מצלילה לבעיות שמציבה הרשת לדיני תעמולת הבחירות. גם בנקודות שבהן הדוח עוסק באינטרנט, הוא עושה זאת בצורה שאינה מתאימה למאפייניו של עולם התעמולה באינטרנט. 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). הבחנות אלו מתאימות אולי לעולם התקשורת הממוסד והריכוזי, שבו שולטים כמה 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 בלבד בתעמולה זו. נוסף על זה, החלת חובת הזיהוי רק על תוכן בתשלום אינה ישימה, כפי שצוין לעיל.

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 הציע לראשונה התמודדות מעמיקה בספרות המשפטית בישראל עם הבעיות שבחוק דרכי תעמולה. לדבריהם, "העיקרון שמכוון את המלצותינו הוא שיש לשנות מהותית את החוק כדי להתאימו למציאות התקשורתית

74 שם, בעמ' 26.

75 שם, בעמ' 37.



החדשה<sup>76</sup>. הרפורמה המוצעת כוללת כמה שינויים בחוק. הרעיון המנחה הוא לבטל את רוב ההסדרים הנוגעים ספציפית לאמצעי תקשורת מסוימים, ובמקומם לקבוע הסדרים חוצי מדיה, ללא הפרדה על בסיס טכנולוגי.<sup>77</sup> כך למשל בנוגע לחובת השקיפות, שבה עסקנו לעיל, מציעים המחברים להרחיב את החובה ולהחילה על כל אמצעי התקשורת, ובכללם האינטרנט, ללא הבחנה על בסיס טכנולוגי.<sup>78</sup>

בשנת 2020 שבו לוריא ושוורץ אלטשולר וחיברו מחקר נוסף בנושא תעמולת הבחירות.<sup>79</sup> הפעם התמקדו המחברים בתעמולה הדיגיטלית ובהשלכותיה. הם טענו כי עולם התעמולה הדיגיטלי מציב בפני דיני התעמולה שלושה איזמים 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.<sup>80</sup> 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 סוגיה; הגבלת השימוש במידע אישי לצורכי תעמולת בחירות; הסמכת יו"ר ועדת הבחירות להעניק צווי מניעה במקרים נוספים; אסדרה נרחבת של אבטחת המידע שמחזיקים המתמודדים בבחירות.

מסמך המדיניות החדש מזהה היטב אתגרים ייחודיים שמציב האינטרנט בפני דיני תעמולת הבחירות, ומנתח את הבעיות לעומקן. 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,<sup>81</sup> הוביל אותם להתעלמות מסוגיות חשובות ביותר: הפצת חדשות כזב (פייק ניוז), שימוש בחשבונות פיקטיביים, טכנולוגיית "דיפ-פייק" ורשתות בוטים ואוטורים. גם במחקר מדיניות זה מוצע למשל להחיל את חובת השקיפות על מועמדים, על מפלגות ועל גופים חוץ-מפלגתיים הפעילים בבחירות, אך לא על אנשים פרטיים או גופים אחרים. כאמור, המציאות מלמדת שקשה לאתר את הגורם שעומד מאחורי התעמולה האנונימית, כפי שממחישים דוח מולר האמריקאי, שבחן את ההתערבות הרוסית בבחירות לנשיאות ארצות

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

77 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).

הברית בשנת 2016,<sup>82</sup> ו"תחקיר הבוטים הגדול", שאותם מזכירים המחברים.<sup>83</sup> כתוצאה מכך, החלת חובת השקיפות גם על גופים חוץ-מפלגתיים הפעילים בבחירות לא תפתור לדעתנו את הבעיות הנובעות מהתעמולה האנונימית, שכן היא תישאר מותרת לגופים ולאנשים אחרים.

## 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 הקשיים הללו ונסווג אותם 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; המעגל 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 אגב עמידה על הקשיים שנובעים מכל אחד מהם ונסביר מדוע בחרנו להתמקד במעגל השלישי.

### 1. המעגל הראשון: מעגל התוכן השקרי

המעגל הראשון עניינו תוכן שקרי שמופץ ברשתות החברתיות. במעגל הזה השקר הוא עצם העניין – המניפולציה היא מניפולציה ישירה ותוכנית על הקוראים. התופעה הבולטת ביותר שמאפיינת מעגל זה היא חדשות כוזב, מונח שהפך למרכזי בשיח הציבורי בשנים האחרונות, בעיקר לאחר הבחירות לנשיאות ארצות הברית בשנת 2016. מדובר בדיעות הנחזות כחדשות אמיתיות, אך למעשה הן בדיות שמטרתן לתעתע בצרכני התוכן לצורכי תעמולה. בחדשות כוזב המידע השגוי מושלל בכוונה תחילה לשם הטעיית הקוראים.<sup>84</sup> על פני הדברים 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.<sup>85</sup> חוקרים מונים כמה מגמות שסייעו לעלייתן של חדשות הכוזב: הופעתו של האינטרנט שהוריד את עלויות הכניסה לשוק התקשורת (ובכך ערער את המודלים העסקיים של ספקי חדשות שנהנו מרמות אמינות גבוהה), קיטוב חברתי הולך

ROBERT S. MUELLER, III, REPORT ON THE INVESTIGATION INTO RUSSIAN INTERFERENCE IN THE 2016 PRESIDENTIAL ELECTION (U.S. Dep't of Just., 2019), <https://bit.ly/3LwVLGQ> (להלן: דוח מולר). 82

ראו לעיל ה"ש 68. 83

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

KOFI ANNAN COMM'N ON ELECTIONS AND DEMOCRACY IN THE DIGITAL AGE, PROTECTING ELECTORAL INTEGRITY IN THE DIGITAL AGE 58–61 (2020), <https://bit.ly/3a1FKf2>. ראו גם David M.J. Lazer et al., *The Science of Fake News*, 359 SCIENCE 1094, 1095 (2018). 85

וגובר שהפחית את ההזדמנויות לאינטראקציות בין אנשים המחזיקים בדעות שונות ועלייתן של הרשתות החברתיות שמאפייני האלגוריתמיקה שלהם מעצימים את ממדי התופעה במידה ניכרת.<sup>86</sup> נוסף על כך ניתן לציין את היעדר הרגולציה היחסי ברשת (לעומת אמצעי 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 "חדשות כזב", במחקר אמפירי על אופן תפוצתן ועל ממדי התופעה, בניתוח הגורמים לה, המנגנונים שבהם היא פועלת ובהצעות להתמודדות עימה.<sup>87</sup> בשל המחקר הרב בנושא ובשל סיבות נוספות שעליהן 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 חיבור המילה deep הלקוחה מצירוף המילים deep learning, מונח הנוגע לטכנולוגיות "למידה עמוקה" בתחום הבינה המלאכותית, עם המילה fake (זיוף). התופעה מתארת מניפולציה דיגיטלית של צליל, תמונות או וידאו שמטרתה להתחזות למישהו או לגרום לו להיראות כאילו עשה משהו שלא נעשה מעולם. הטכנולוגיה מבוססת בינה מלאכותית ומאפשרת ליצור חיקוי שייראה מציאותי ביותר, עד כדי כך שהמתבונן ללא סיוע מקצועי לא יכול לזהות את הזיוף. במובנים תאורטיים רבים הדיפ-פייק הוא פשוט מקרה פרטי של חדשות כזב.<sup>88</sup> בתצורתו הרגילה הוא בבחינת דיס-אינפורמציה בדומה לכל פרסום תוכן כוזב, ביצור מניפולציה על תודעת הצרכנים. על רקע זאת ניתן לסווג את תופעת הדיפ-פייק במעגל הראשון שעניינו הוא התוכן השקרי. אולם במובנים מסוימים, וחשובים לענייננו, 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 הראשון – ובראשן חדשות הכזב והדיפ-פייק – מתעוררות ביתר שאת בתקופת בחירות. מפלגות ומועמדים בבחירות מפיצים תוכן שקרי במידה נרחבת, מסוגים שונים ולמטרות שונות.<sup>89</sup> הם מכחישים פרסומים הנוגעים להם, מפיצים חדשות כזב כדי להכפיש מועמדים אחרים, זורים דיס-אינפורמציה על הליכי הבחירות

86 שם, בעמ' 1094–1095. לגבי עיצובן של הרשתות החברתיות ראו תת-פרק ב.2 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 & Richard Ling, *Defining "Fake News"*, 6 DIGIT. JOURNALISM 137 (2018). כן ראו Gentzkow, לעיל ה"ש 84; Lazer et al., לעיל ה"ש 85.

88 לתמיכה ברעיון הזה – מחקרים שטוענים שבמטרות הטעיה טכנולוגיות הדיפ-פייק אינן בהכרח יעילות מחדשות כזב, ראו Soubhik Barari, Christopher Lucas & Kevin Munger, *Political Deepfakes Are as Credible as Other Fake Media and (sometimes) Real Media* (Apr. 21, 2021) (unpublished manuscript), <https://osf.io/cdfh3>.

89 לדוגמה ברוח של חברת Vocative המנטרת חדשות כזב ברשת ראו ווקאטיב בע"מ *vocative* – פייק ניזו בחירות 2019: סיכום ניתוח מגמות 4 (אפריל 2019) <https://bit.ly/3wHS2ko>.

ויוצרים סרטוני דיפ־פייק כדי 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 מחדשות כזב בתחומים שאינם פוליטיים, הגיעו למשתמשים רבים יותר וחדרו עמוק יותר לשיח ברשת.<sup>90</sup> 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 אגב הישענות על נתוני אמת), בטוהר הבחירות והגינותן ובמניעת הטעיה של הבוחרים – כולן תכליות של דיני התעמולה שהוכרו בפסיקה ובספרות.<sup>91</sup> נוסף על זה, ניתן לטעון כי נפגעת גם הזכות לחופש הביטוי הפוליטי במובנה הרחב, הכולל את האפשרות להחליף דעות בהתבסס על אמיתות ואת ההכרח לומר אמת לבוחרים, כדי שכל אזרח יוכל לבחור בחירה מיועדת ומושכלת.<sup>92</sup>

עם זאת, ולמרות מרכזיותו, יש טעמים רבים להכרעה שלא להתמודד דרך אסדרה עם מעגל התוכן השקרי: ראשית, בספרות המחקר מקובלת ההבחנה בין אסדרה מבוססת תוכן לאסדרה מבוססת אופן הפצה – כאשר הגבלת ביטוי בצורה תלוית תוכן (based-content) נתפסת כלא ניטרלית, וממילא כבעייתית הרבה יותר.<sup>93</sup> לענייננו, הבחנה זו קרובה להבחנה בין המדיום (אופן הפצה) לבין המסר (מבוסס תוכן);<sup>94</sup> שנית, יש חשש ממשי שניסיון לצנזר ולחסום ביטויים, במיוחד בתקופת בחירות, משול לניסיון לכבות מדורה בעזרת מכל דלק. ניסיון "לכבות" את הביטוי ישיג את התוצאה ההפוכה: הוא יתפשט יותר, וההגבלה עלולה להיתפס כניסיון להתערב בבחירות לטובת הצד שכנגד; שלישית, יש שיקולים מסדר שני מדוע לא להתערב בתוכן, ואלו שיקולים כבדי משקל: קשה, ואולי אי אפשר, לקבוע מי הגורם המוסמך להכריע מה ייחשב 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 ייחשב לאמת ומתי לשקר, במיוחד כאשר נאום או סרט קמפיין מערוב בתוכו אמיתות עם שקרים;<sup>95</sup> 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. עם זאת, כפי שהסברנו לעיל, האינטרנט העצים את חדשות הכזב, וניתן לראות בו תופעה שונה מהותית מזו שקדמה לאינטרנט.

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

91 ראו לעיל ה"ש 27.

92 עניין **עוצמה לישראל**, לעיל ה"ש 24, פס' 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 תאוריות פוסט-מודרניות המערערות על קיומה של אמת אובייקטיבית אחת מתחדד הקושי בניסיון להכריע איזה תוכן הוא שקרי.

מצירוף ארבעת השיקולים האלה יחד אנו סבורים שאסדרה ישירה של תוכן כוזב אינה רצויה. לכן עמדתנו העקרונית היא שאין לנסות להתמודד ישירות עם חדשות כוזב באמצעים אסדרתיים 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 בעקיפין גם עם אתגרי המעגל הראשון בלי להיכנס לתחום הבעייתי של התמודדות ישירה עם התוכן.

## 2. המעגל השני: מעגל האלגוריתמיקה של הרשתות החברתיות

המעגל הרחב ביותר הוא המעגל השני, שעניינו האלגוריתמיקה של הרשתות החברתיות. במעגל זה הבעיות נובעות מהארכיטקטורה של הרשתות החברתיות. האופן שבו התאגידים מעצבים את חוויית המשתמש רחוק מלהיות סתמי. האלגוריתמים קובעים לאיזה מידע ייחשף הצרכן כדי להשיג את מרב תשומת הלב שניתן. חוקרים עמדו על חשיבותה של תשומת ליבם של המשתמשים להצלחה העסקית של הרשתות החברתיות והסבירו כי המודל הכלכלי שלהן נשען על פרסום, ולכן ככל שהזמן שבו האלגוריתם ישאיר את המשתמש מול הפיד יהיה רב יותר, לרשת החברתית תהיינה הזדמנויות רבות יותר להציג לו פרסומות, ובכך להרוויח יותר.<sup>96</sup>

הרשתות החברתיות מוכרות את תשומת הלב של המשתמשים לחברות פרסום. חשיבותה של תשומת ליבם של הצרכנים מבחינת הרשתות החברתיות כה גדולה, עד שהיא זכתה לכינוי "כלכלת תשומת לב" (attention economy).<sup>97</sup> לצד תשומת הלב התאגידים מקבלים גם מידע רב על המשתמשים – העדפות, תחומי עניין, עמדות פוליטיות, תחושות ורגשות בנוגע לסוגיות שונות. המידע מאפשר לאלגוריתמים לחשוף משתמשים למידע המותאם עבורם, שיהיה בו כדי לתפוס את תשומת ליבם של הצרכנים, שאותו 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, ובהם משפטנים, פסיכולוגים, אקטיביסטים ופילוסופים. זרקור מיוחד הופנה לבעיית הקיטוב, הנובעת מהעובדה שהאלגוריתם מבצע חשיפה סלקטיבית לתכנים ברשתות החברתיות. החשיפה הסלקטיבית הזו זכתה במחקר לכינוי בעיית "תיבות התהודה" (echo chambers)<sup>98</sup>

96 אחד מן המשאבים הכלכליים החשובים הוא תשומת לב הצרכנים, מכיוון שחברה שמשיגה קשב ותשומת לב של צרכן מקבלת הזדמנות להציג לפניו פרסום של מוצר, ובכך 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) (להלן: **הקשב** (2021)). להרחבה ראו שם.

97 WU, THE ATTENTION MERCHANTS, לעיל ה"ש 96.

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

או בשם אחר "בועות פילטר" (filter bubbles).<sup>99</sup> בעיה זו קשורה בטבורה לתעמולה ברשת ולהשפעה על הבחירות ולכן נפרט בעניינה, אולם מכיוון שמטרת המאמר אינה להתמודד עם בעיות אלה נעשה זאת בקצרה בלבד.

מתוך המנגנונים הפסיכולוגיים שעליהם מבוססות הרשתות החברתיות נראה שהטיית האישוש (confirmation bias) היא מרכזית, במיוחד בכל הנוגע להשפעה על החלפת הדעות והשיח הפוליטי.<sup>100</sup> ההטיה עוסקת בעיקרה בהתייחסותם של אנשים למידע חדש. ההטיה גורמת לפרש את המידע החדש כך שיתאים לדעות, לתאוריות ולאמונות שלנו. משקל קטן יחסית יחס שלילי מיוחסים למידע שסותר עמדות קודמות. מנגד, למידע שתואם את תפיסת העולם המוקדמת מיוחס משקל רב מזה. הרשתות צוברות מספיק מידע על המשתמשים במידה שמאפשרת לחברות לעשות "פרופיילינג" למשתמשים – לפענח את העמדות ואת הרגשות שלהם, וכך לבנות פרופיל זהות מקיף שאותו יחשפו לתכנים המתאימים.<sup>101</sup>

על רקע תיאור זה ניתן להבין טוב יותר את בעיית בועות הפילטר. הבעיה מתארת את התופעה הרווחת במיוחד ברשתות החברתיות שבה אדם מוקף ברשת של מידע בנושא מסוים, אך הוא אינו נחשף לקולות רלוונטיים אחרים בנושא הזה. כך נוצרת סביבו בועת פילטר שמהדהדת רעיונות דומים שוב ושוב, בצורה סלקטיבית. השומע כמו כלוא בתוך בועה, בלי להיחשף לרעיונות אחרים ומנוגדים אלה לאלה. 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 להביא בחשבון את הסלקטיביות של המידע שנובעת מהעובדה שהאלגוריתמים מסננים את המידע לפי הפרופיל האישי שלו. הבעיה של בועות פילטר משקפת עיוות של האמת. הפעם לא במובן של חדשות כזב אלא במובן זה שתמונת עולם שנחזית כתמונת עולם מלאה המכסה את מכלול העובדות והדעות המושמעות – היא למעשה בועת פילטר שבה התכנים נבחרים בקפידה כדי שיתאימו לצרכן הספציפי. בכך רשת מידע כזו אינה מעניקה כיסוי רחב ומייצג של כל המידע הרלוונטי בסוגיה מסוימת.<sup>102</sup> מובן שבתקופת בחירות, כאשר לצורך בחירה מושכלת נדרשת לבחורים תמונת מצב מלאה ככל הניתן, מצב של כיסוי סלקטיבי הוא בעייתי ביותר.

נראה שהתופעות הללו מובילות ישירות לקיטוב הולך וגובר. למעשה, קיטוב זה נוצר בשני אופנים משלימים: ראשית, הצרכנים נחשפים לתמונת עולם חלקית – תמונת עולם

99 Eli Pariser, *The Filter Bubble: What the Internet is Hiding from You* (2011) ראו גם

Cass R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media* (2018)

C. Thi Nguyen, *Echo Chambers and Epistemic Bubbles*, 17 *Episteme* 141 (2020)

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

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

102 סנפורד גולדברג מכנה בספרו את הבעיה הזו כבעיית "אמינות כיסוי". ראו Sanford C. Goldberg, *Relying on Others: An Essay in Epistemology* 93–94 (2010)

התואמת את הפרופיל שלהם עצמם – ולא לעמדות נגדיות; שנית, הם הולכים ומשתכנעים בעמדתם לא רק כי עמדות נגד אינן קיימות אלא גם כי הסביבה שלהם מהדהדת את הרעיונות והאמונות שבהם הם כבר מאמינים מראש.

הקיטוב הנוצר בשל אפקטים אלה חמור במיוחד בתקופת הבחירות. כאמור, האינטרנט הפך זה מכבר ל"כוכר העיר" החדשה, והשיח הציבורי העיקרי סביב הבחירות נערך ברשתות החברתיות.<sup>103</sup> שיח ציבורי זה הוא קריטי לקיומה של מערכת בחירות חופשית ומאוזנת, שכן הוא נועד להבטיח פלורליזם ואפשרות ממשית להחלפת דעות, עקרונות הקיימים בבסיס הרציונלים של תעמולת הבחירות. אפקט בועות הפילטר מתנגש חזיתית עם רציונלים אלה, שכן הוא אינו מאפשר לאנשים להיחשף לדעות שונות ובעקבות זאת להחליף את דעתם או לחשוב עליה בביקורתיות. רק חשיפה לעמדות השונות והמגוונות מבטיחה הליך בחירה ראוי. בועות פילטר שגורמות לחשיפתם של אזרחים לתמונת עולם חלקית וצרה מעוררות שאלות כבדות בנוגע ליכולת האמיתית לבחור.

בעיה זו של בועות הפילטר היא 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.<sup>104</sup> אכן, הקשיים שהרשתות החברתיות יוצרות הם אמיתיים, ונכון לימים אלו, גם כוח בסדר גודל של מעצמת-על כמו ארצות הברית מתקשה לרסן את ענקיות האינטרנט. מלבד הקושי להתמודד עם ענקיות האינטרנט, מבחינה תאורטית הבעיות האלה חורגות בהרבה ממסגרת הניתוח שאנו עורכים כאן, ולפיכך לא נבקש להתמודד עם בעיות אלה ברשימה זו.<sup>105</sup> 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 – מניפולציות של שחקני משנה

בפרק הקודם עמדנו על שני המעגלים הראשונים שיוצרים בעיות במרחב הרשתות החברתיות. המטרה בעמידה על המעגלים היא כפולה: היא חשובה מבחינה אנליטית. היא

103 ראו לעיל ה"ש 3-4.

104 *Big Tech C.E.O.s Face Lawmakers on Disinformation*, N.Y. TIMES (Mar. 25, 2021), <https://nyti.ms/3MAhuPJ>

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 אקסטרטוריאלי של הסדרים ורגולציה בין-לאומית, הגבלים עסקיים, איזונים בין זכויות שונות ועוד. לפיכך 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. למשל, שר המשפטים גדעון סער הקים ועדה שתפקידה העיקרי הוא לבחון הסדרים משפטיים הקשורים לרשתות החברתיות. ראו "הועדה להתאמת המשפט לאתגרי החדשנות והאצת הטכנולוגיה החלה את עבודתה" **משרד המשפטים** (הודעת דוברות <https://bit.ly/3wEDy4R> (15.11.2021).

נועדה להפריד בין בעיות שונות שנובעות ממעגלים שונים. אך בה בעת היא ביקשה להקדים ולהסביר את מיקוד הדיון במעגל השלישי – הוא מעגל המניפולציות. בפרק הזה נרחיב ונפרט על האופי של המניפולציות שנעשות בידי השחקנים שפועלים במגרש התעמולה – מי השחקנים הפועלים בתחום, באילו דרכים הם פועלים ומהן מטרותיהם. להגדרת הבעיות המצויות במעגל זה בבהירות ובפירוט יש חשיבות רבה, מכיוון שרק כך יהיה אפשר 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 כאמור 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 בצורה משמעותית על המעגל הקודם: מעגל המניפולציות לעיתים קרובות מבוסס על הארכיטקטורה של הרשתות החברתיות. מדובר במפלגות, במדינות זרות, בבעלי עניין ובאנשים פרטיים שמודעים לאופן הפצת התכנים ברשתות החברתיות ומנצלים זאת לצורכי תעמולה. הפנמת חשיבותו של האלגוריתם מאפשרת לגופים לטפל (manipulate) אותו כדי להשיג את מבוקשם.

המעגל הזה נבדל משני המעגלים הקודמים שעליהם 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 ולתאגידי הענק הגלובליים. עניינו בשחקנים שפועלים במגרש תעמולת הבחירות של המדינה בניסיון לא לגיטימי להשפיע על הבחירות. אומנם יכול להיות שהכוחות שיפעלו יהיו 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 תשתית הרשתות החברתיות הוא מוגבל. ממילא התמודדות עם האתגרים שהם מציבים תהיה אף היא פתרון המבקש להתמודד עם גופים אלה ולא עם הרשתות עצמן.

לגורמים שמבצעים מניפולציות בתקופת בחירות יש אינטרסים בתוצאות הבחירות. בראש ובראשונה מדובר במפלגות עצמן, שלהן יש האינטרס הגדול ביותר להשפיע על תוצאות הבחירות. לצידן 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, שבעניינן קבעו כמה דוחות רשמיים כי רוסיה הפעילה מניפולציות רבות על האלגוריתמים של הרשתות, בדמות רשתות בוטים ואוטרם שתמכו בדונלד טראמפ.<sup>106</sup> שחקנים נוספים שעשויים להשתמש בטכניקות אלה הם גורמים עסקיים בעלי עניין, וכן גורמים פרטיים בעלי יכולות שמעוניינים להשפיע על הבחירות. חלק מהמניפולציות מפעילות חברות שמתמחות בכך ומפתחות תשתית למניפולציות, ואליהן פונים הגורמים בעלי העניין כדי שיבצעו זאת.

106 ראו לעיל ה"ש 82.



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 ייחשף לכל תוכן, כיצד ייראה הפיד של כל אחד, אילו הצעות למעקב הוא יקבל ועוד. כדי להשאיר את המשתמש באתר זמן רב ככל האפשר, 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, מפעילים עליו מניפולציות ובכך מגדילים את החשיפה לתכנים שהם מקדמים. המניפולציות האמורות יכולות להיות מסוגים שונים.

## 1. אוטרים ובוטים

אוטרים הם משתמשים שמאחוריהם עומד אדם אותנטי שמשמש בזהות בדויה.<sup>107</sup> חלק מהאוטרים אינם מסתירים את העובדה שזהותם בדויה, ואילו אחרים מנסים לשוות לזהות הבדויה אותנטיות. האנונימיות מאפשרת לאוטרים להסתיר את זהות האדם האמיתי שעומד מאחוריהם, וכך פרופיל ששייך למשל לפוליטיקאי יכול להפיץ מסרים התומכים בו בלי שייוודע שלמעשה מדובר בפוליטיקאי עצמו. לעיתים משמשים חשבונות אלה כ"טרולים" – משתמשים שמשמיצים ומגיבים תגובות לא ענייניות.

בוטים (מלשון רבוט) הם חשבונות ברשתות החברתיות המופעלים באמצעות תוכנה אוטומטית, כלומר משתמשים שאין עומד מאחוריהם אדם אמיתי.<sup>108</sup> 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 זה אחרי זה, מה שמגדיל את אמינותם ואת כוחם ברשת החברתית.<sup>109</sup> לעיתים משולבים ברשת הבוטים אוטרים שאת המסרים שלהם הרשת מהדהדת. הבוטים מהדהדים את המסרים אלה של אלה, וכך נוצרת לתוכן תהודה גדולה (ופיקטיבית). תהודה זו היא מניפולציה הן על האלגוריתמיקה של הרשתות והן על המשתמשים. כאמור, האלגוריתמיקה של הרשתות מעניקה משקל לתפוצת התכנים, ולכן פוסט שהודהד באמצעות רשת בוטים יקודם במידה לא־פרופורציונלית לתפוצתו שהייתה בפועל לולא הודהד באמצעותה. 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 רשתות הבוטים להפיץ חדשות כזב שייתפסו כאמינות אצל הקוראים בשל מספר המקורות הרב המפיץ אותן.

107 שוורץ אלטשולר ולוריא תעמולה דיגיטלית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 49.

108 Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, 117 MICH. L. REV. 547, 566–567 (2018) (להלן: Madeline Lamo & Ryan Calo, *Regulating Bot Speech*, 66 Wu, *First Amendment* UCLA L. REV. 988, 993–1002 (2019).

109 Guido Caldarelli et al., *The Role of Bot Squads in the Political Propaganda on Twitter*, 3 COMMC'N PHYS. 81 (2020).

מחקרים מוכיחים כי ככל שהפעמים שבהן נחשפים לביטוי רבות יותר, כך גדלה הנטייה להאמין לו.<sup>110</sup> ברמה השנייה המשתמש שאינו מכיר את אפקט בועות הפילטר (שתואר בהרחבה בפרק הקודם) סבור שהעמדות שהוא רואה בפייד שלו מייצגות את העמדות בעולם האמיתי. הוא אינו מודע לעובדה שהאלגוריתם של הרשתות חושף לפניו בעיקר עמדות שהוא מסכים איתן על מנת להשאירו זמן מרבי ברשת. אך חמור מכך, הוא אינו מודע לעובדה שחלק ניכר מהמשתמשים שאליהם הוא נחשף הם חלק מרשתות של בוטים ואוטורים 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 רשתות בוטים ואוטורים הם אלו המזדהים עם העמדות המובעות בהם. יש לשים לב שהפרובלמטיקה המתוארת נוצרת בחסות האנונימיות.<sup>111</sup> העובדה שפתיחת דף ברשתות היא מהירה וקלה, ואף אינה כרוכה בתשלום, וכן האפשרות לפתוח פרופיל מזויף במעטה אנונימי הן שמאפשרות יצירת רשתות בוטים ואוטורים שיוכלו לבצע מבצעי השפעה על התודעה.

רשתות בוטים ואוטורים קיימות ברשתות החברתיות לא רק בתקופת בחירות, והן משמשות למטרות שונות שאינן פוליטיות בהכרח. עם זאת רשתות אלה הן כלי רב עוצמה במלחמה על ליבו של הבוחר בשל המאפיינים הייחודיים שעליהם עמדנו. במערכות הבחירות האחרונות ברחבי העולם נעשה שימוש נרחב בבוטים ובאוטורים כדי להשפיע על תוצאות הבחירות. כדוגמאות ניתן למנות את "דוח הבוטים הגדול" שהוזכר לעיל,<sup>112</sup> את רשתות הבוטים והאוטורים שהשפיעו על הבחירות לנשיאות ארצות הברית<sup>113</sup> ואת ההשפעות על משאל העם בבריטניה בנוגע לעזיבת האיחוד האירופי (bexit).<sup>114</sup>

## 2. מיקרו-טרגטינג

מיקרו-טרגטינג הוא שימוש במידע אישי שנאסף מהרשתות החברתיות על מנת ליצור פרסום מדויק, מותאם אישית ותפור למידתו של הגולש.<sup>115</sup> איסוף המידע וניתוחו יכולים להיעשות הן ברשתות החברתיות והן בחברות אחרות. הרשתות החברתיות אוספות בצורה

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

111 ראו Sharon Haleva-Amir & 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)

112 ראו לעיל ה"ש 68.

113 ראו לעיל ה"ש 82. ראו גם 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 ראו 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)

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 החברות מוכרות לגורמים המעוניינים בכך. בתקופת בחירות מידע זה יכול לשמש מפלגות לזיהוי מצביעים מתנדדים, לפלח בצורה מעמיקה קבוצות באוכלוסייה ולנצל את נקודות התורפה שלהן. דוגמה מובהקת לשימוש במיקרו טרגטינג בתקופת בחירות היא פרשת קיימברידג' אנליטיקה.<sup>116</sup> בפרסומים בנוגע לפרשה זו נטען שחברה בריטית בשם "קיימברידג' אנליטיקה" הפיצה בקרב משתמשי פייסבוק שאלון תמים בשם "thisisyourdigitallife", שכחלק ממילוי התבקשו המשתמשים לאשר ליישום (אפליקציה) לשאוב נתונים מפרופיל הפייסבוק שלהם. 270 אלף משתמשים התקינו את היישום, והחברה אספה את הנתונים שלהם, אך גם את אלה של חבריהם – יותר מ-50 מיליון משתמשים שמידע עליהם 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 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.

### 3. זיפ־פייק

כאמור, לעיל סיווגנו את תופעת הדיפ־פייק כמשתייכת למעגל הראשון, משום שמבחינה מסוימת מדובר במקרה פרטי של חדשות כוזב. 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 שבאמצעותו מופצים רעיונות. מקלוהן טבע את הביטוי הידוע "המדיום הוא המסר", כלומר שאופיו של המדיום, דהיינו הכלי שבו מועבר התוכן, חשוב מהתוכן עצמו.<sup>117</sup> 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

116 לסקירה עיתונאית של פרשה זו ראו *The Cambridge Analytica Files*, GUARDIAN (last visited May 19, 2022), <https://bit.ly/3lrbk8n>; עודד ירון "כל מה שאתם צריכים לדעת על פרשת פייסבוק וקיימברידג' אנליטיקה" **הארץ** (19.3.2018). <https://bit.ly/3Pv8fSF>. למבט אקדמי יותר ראו ANDREAS JUNGHER ET AL., *RETOOLING POLITICS: HOW DIGITAL MEDIA ARE SHAPING DEMOCRACY* 125–130 (2020).

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

פעילויות אלה הן במובן כלשהו ה"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.<sup>118</sup>

אם כן, מקלוהן סבור שהמדיום אינו מצע ניטרלי המשרת את התוכן שאותו אנחנו רוצים להעביר אלא הוא שמשפיע על העולם ומעצבו. לא התוכן של שידורי הטלוויזיה שינה את העולם אלא עצם הופעת הטלוויזיה.

בדומה לזה, שורש הבעיה בדיפ־פייק הוא במדיום עצמו ולא בתוכן המופץ בו. השימוש בכלי הזה מעורר בעיות עוד בטרם נגשים לבחון את הסרטון לגופו – האם הוא מציג תוכן שקרי או לא. הפער בין חדשות הכזב 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 – ניתן להבין שתכנים דומים המופעלים באמצעות מדיומים שונים רחוקים מלהיות דומים. מכאן שמוצדק להתייחס לדיפ־פייק אחרת מלחדשות הכזב; לא בגלל התוכן השונה אלא בגלל המדיום השונה. ההבדל ביניהם נעוץ בעיקר ביכולת לצרוך את המסר בצורה ביקורתית, כפי שיובהר להלן. נוסף על כך, המניפולציה של הדיפ־פייק יוצרת שקר אמין בהרבה מזה הנוצר בתוכן שקרי כתוב, ולדעתנו בעניין זה "הכמות עושה איכות", ולכן הסכנה בדיפ־פייק שונה מהותית 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 שחדשות כזב אינן יכולות להצליח להטעות בעידן הנוכחי. מחקרים מוכיחים שחרף הכלים לקריאה ביקורתית ולבדיקת מידע רבים עדיין מאמינים לחדשות כזב שמופצות תדיר.<sup>119</sup> אולם יכולתנו להשתמש בכלים ביקורתיים באשר 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 חדשה והאנושות טרם פיתחה כלים ביקורתיים להתמודדות אפקטיבית איתה.<sup>120</sup> 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 אינה נובעת ישירות מעוצמת התוכן השקרי המובע בו אלא מעצם המדיום ומהקשר שבו נעשית המניפולציה.

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).

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

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

הפילוסוף זכריה צ'אפי קבע כי "ניתן להתיר עישון, אבל לא בחבית אבק שריפה".<sup>121</sup> 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 שרפה".<sup>122</sup>

הסיווג של הדיפ-פייק במעגל השלישי מוצדק גם מבחינת הרציונלים שהובילו אותנו לבצע את החלוקה למעגלים. מטרת יצירתה של קטגוריית התוכן – המעגל הראשון – נובעת מהתפיסה העקרונית שלנו שהתערבות בתוכן וסלקצייה מתוך תכנים שונים היא שלילית ולא רצויה מטעמים רבים, שעליהם 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, והיא אינה צנזורה של ביטויים מסוימים בצורה שעלולה להיתפס כהתערבות בבחירות לטובת אחד הצדדים.

לאור זאת לא יהיה מדויק להכליל את התופעה של דיפ-פייק בלעדית במעגל התוכן, ויש להתייחס אליה גם כמעוררת קשיים שאינם תוכניים, שאותם סיווגנו במעגל זה. על רקע זאת יש לנסות להתמודד עם הבעיות שתופעה זו מעוררת בלי לזלוג למעגל הראשון ולמעגל השני, קרי בלי להיכנס לסלקצייה ולאסדרה של התכנים עצמם, ובלי להתעמת עם הרשתות.

\*\*\*

אם כן, השחקנים השונים במגרש הבחירות משתמשים בכלים אלו – אוטורים, בוטים, מיקרו-טרגטינג ודיפ-פייק – כדי להשפיע על תוצאות הבחירות, באמצעות יצירת תיבות תהודה, חשיפה נרחבת לתכנים ופרסום ממוקד המנצל נקודות תורפה פסיכולוגיות. כפי שכבר פירטנו, 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. יתר על כן, מיקרו-טרגטינג פוגע בזכות החוקתית לפרטיות בכך שהמידע האישי שנאסף אינו ניתן בהסכמה מדעת, וכן הוא משמש למטרות שונות מאלה שלשמן הוא נאסף.<sup>123</sup>

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

122 אנחנו מבטאים כאן עמדה שאינה מובנת מאליה כלל. בהחלט מתקבלת על הדעת דעה שתסבור שגם התופעה של חדשות כזב ברשתות החברתיות עומדת בהגדרות הללו, קרי שהיא מציבה בעיות שעוסקות לא רק בתוכן השקרי אלא גם במדיום שבו הן מופצות. בעינינו אין כל מניעה כזו, ועל גישה כזו יהיה להכליל את תופעת החדשות הכזב במעגל השלישי – ולנסות להתמודד עם שחקני משנה שעוסקים בכך. על הדרך לעשות זאת, שייחכן שתהיה דומה לטיפול בדיפ-פייק, ראו בהמשך.

123 בניגוד לעקרון צמידות המטרה, המעוגן בסעיף 2(9) 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.

#### ד. החלפת הפרדיגמה הנדרשת

בפרקים הקודמים סקרנו את הדרכים שבהן התמודדה הפסיקה עם המציאות התקשורתית החדשה ואת הפתרונות שהוצעו בספרות להתאמת דיני התעמולה למציאות חדשה זו, וכך 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. נציע הסבר לעיקרון התאורטי שבשורשה, ולפי זה נבקש לאמץ החלפה פרדיגמטית שממנה נובעת ממילא 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 קהילה בתקופה נתונה כלפי מושאי היחס.<sup>124</sup> הפרדיגמה היא תבנית חובקת-כול המשקפת את הקונוונציות המקובלות על השותפים בתחום, את החוקים, את אמות המידה ואת 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, לא הלחצים החיצוניים מביאים להחלפה הפרדיגמטית אלא דווקא הלחץ הפנימי – החריג העיקש – הוא שמכריע את הפרדיגמה הישנה וגורם למהפכה.<sup>125</sup> כאשר יש מסה קריטית של קושי, והצרימה הקיימת בין הפרדיגמה לבין התוצאות בשטח נעשית בלתי נסבלת, תיתכן מהפכה שתכתיר פרדיגמה חדשה. זהו המובן של המונח פרדיגמה שאליו אנו מכוונים בדברינו. נראה שבענייננו הצטברו קשיים רבים עד כדי כך שהחריגים העיקשים מאתגרים את הפרדיגמה הקיימת ומכריעים אותה.

הפתרונות שהוצעו הם מוכוונים פני עבר, והם מטפלים רק בקצה הקרחון של הבעייתיות שבתעמולת הבחירות בעולם הדיגיטלי. רובם ככולם מנסים להתמודד עם בעיות האתמול בדרך של העתקת דיני התעמולה ה"קלאסיים" מהמדיות השונות ויישומם ברשתות החברתיות בלא לשים לב למהפכה שעברה על עולם תעמולת הבחירות. הם אינם מבינים לעומק את עולם האינטרנט והרשתות החברתיות, ולכן גם לא את הבעיות הייחודיות שמציב עולם התעמולה החדש בפני דיני התעמולה.<sup>126</sup> נראה לנו שניתן לנתח את היותם של הפתרונות מוכוונים פני עבר באמצעות הגישות התאורטיות שהוצגו בתחילת המאמר בדבר התאוריה של יחסי משפט ואינטרנט.

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

125 שם, בעמ' 123–124.

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

כפי שהצגנו במבוא למאמר, בראשית ימי האינטרנט הייתה הגישה הרווחת אופטימית, והיא ראתה באינטרנט מחולל דמוקרטיזציה ותלתה 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.<sup>127</sup> אולם גם אם בחירתו 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, שממנה 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 משקפות 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. 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 ברשת 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.<sup>128</sup>

אין בנמצא טעם משמעותי הקורא להבחין, לצורך חובת השקיפות, בין פרסום מודעה בעיתון פיזי, לבין פרסום מקביל באתר עיתונאי.<sup>129</sup>

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.<sup>130</sup>

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

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

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

130 דוח ביניים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 33, 37.

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.<sup>131</sup>

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. דוגמה 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 זווית ולא העסיקו את מרבית העוסקים בתחום. הבעיה העיקרית בפתרונות אלה היא בהיותם 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 – 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. היא רואה בחופש הביטוי "חירות שלילית" וגורסת שתכלית ההגנה על חופש הביטוי היא תביעה מהשלטון שלא להתערב בעיצוב עמדות הציבור.<sup>132</sup> ייתכן שהגישה הראשונה בנוגע ליחסי משפט ואינטרנט, הרואה ברשת "אקס-טריטוריה" שאין להסדירה, משקפת עקרונות של ליברליזם קלאסי: לפי גישה זו יש לאפשר חופש ביטוי נרחב ככל האפשר ברשת, והחשש הוא מכווחו המגביל של השלטון שיהרוס את חופש הביטוי המוחלט באינטרנט.

נקיטת הגישה הקלאסית של חופש הביטוי מתאימה לגישה שממעטת ברגולציה על האינטרנט. לטענתנו, אין בכוחן של שתי תפיסות שלובות אלה – תפיסה ליברלית קלאסית והגישה האופטימית בנוגע 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 באשר לאינטרנט לדיני התעמולה הקלאסיים.

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 ממציאות חברתית נתונה. ביסודה של הגישה קיימת חובה של המדינה לפעול להבטחת קיומם של תנאים הנחוצים לקיומו של שיח ציבורי סובלני,<sup>133</sup> ולפיכך היא תומכת בהתערבות שלטונית נרחבת כדי "ליישר את המגרש" וליצור חופש ביטוי בפועל, ולא רק חופש תאורטי. הגישה שלפיה יש

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

132 מדינה, לעיל ה"ש 93, בעמ' 432.

133 שם, בעמ' 457–458.



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. ככלל, ההסדרים הקיימים בחוק דרכי התעמולה מבטאים התערבות נרחבת של המחוקק בחופש הביטוי על מנת "ליישר את המגרש" וליצור שוויון בסיכויים להתמודד על קולו של הבוחר, ולפיכך העתקה של הסדרים אלה והחלתם על הרשת משקפים ניסיון להחיל גישה ליברלית פרוגרסיבית גם על חופש הביטוי ברשת. במילים אחרות, אסדרת תעמולת הבחירות מבטאת גישה של ליברליזם פרוגרסיבי, וככל שהאסדרה מתרחבת – כך תבוא לידי ביטוי הגישה הפרוגרסיבית ביתר שאת.

אם כן, מתברר שקיים קשר בין שני הדיונים העקרוניים. הדיון היסודי בשאלה מהי הגישה הראויה לחופש הביטוי משפיע על השאלה כיצד ראוי להתייחס לאינטרנט ובאיזו מידה יש לאסדר אותו. לדעתנו, המאפיינים הייחודיים של הרשתות החברתיות, ובכללם השימוש באלגוריתמים, במיקרו-טרגטינג וברשתות מאורגנות של בוטים ואוטורים, שומטים את הקרקע מתחת לתפיסה הקלאסית של חופש הביטוי. לפי התפיסה הקלאסית "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".<sup>134</sup> בניגוד לכך, בעולם הרשתות החברתיות המגרש "עקום": חדשות הכוזב, תיבות התהודה שנוצרות מהאלגוריתמיקה ומרשתות הבוטים 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 לחדשות הכוזב יש סיכוי גדול יחסית לנצח במאבק הרעיוני.<sup>135</sup> 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 שעליהם 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 מהותית מאמצעי התקשורת המסורתיים, ולכן יש להשתמש בדוקטרינות משפטיות חדשות, שיותאמו למאפיינים הייחודיים של העולם הדיגיטלי. החלפה פרדיגמטית זו תצדיק איזונים שונים מאלו הקיימים בעולם הלא-אינטרנטי אגב מתן משקל לשיקולים שלא ניתן להם משקל במסגרת הפרדיגמות הקיימות ביחסי משפט ואינטרנט. הלוח בפרדיגמה הוא שאת

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.

הדינים, את הכללים המשפטיים ואת ההלכות יש לגזור מעצם טבעה של רשת האינטרנט ולא מהשלכה של דוקטרינות ישנות שאינן רלוונטיות לעולם הדיגיטלי.<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup> בהקשר של תעמולת בחירות ברי כי תכלית חשובה במיוחד היא קיומו של שיח ציבורי פתוח. תכלית זו עומדת אף בבסיס דיני התעמולה.<sup>138</sup> שיח ציבורי פתוח לא יתאפשר בעידן הרשתות החברתיות בלי שדיני התעמולה יעזרו "ליישר את המגרש".

בספרות העוסקת בתאוריה של חופש הביטוי הוקצה מקום נכבד לדיון בהצדקות להגביל את חופש הביטוי,<sup>139</sup> ובייחוד בהצדקות למניעת ביטויים שיש בהם כדי לחתור תחת הדמוקרטיה.<sup>140</sup> דיונים בעקרונות אלה מצאו את מקומם גם בפסיקת בית המשפט הנוגעת לבחירות בישראל.<sup>141</sup> יש 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. מלבד זאת, ככלל 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.

ייתכן 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:

136 ראו אברהם טננבוים "השלכות רשת האינטרנט על המשפט המהותי" **שערי משפט** א 133, 146 (1997). 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 **זוללי**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 705-709.

139 בפרק השני של ספרו על החירות, כשמיל עוסק 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 אם בענייננו הסייגים הללו מתקיימים, ואם 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 במאמרו *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 השתים-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). כן ראו א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי (נבו) 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף (נבו) 18.7.2019; א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' יזבק (נבו) 9.2.2020; א"ב 1156/21 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24 נ' מראענה (נבו) 28.2.2021.

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.<sup>142</sup>

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

## ה. קווים מנחים לפתרונות עתידיים

בפרק ג הצבענו על כמה בעיות עיקריות הנובעות מהמעגל השלישי. הראינו כיצד גורמים שונים מנצלים את מבנה האלגוריתם של הרשתות החברתיות לצורך ביצוע מניפולציות בתעמולת הבחירות. ניתן להניח שבמערכות הבחירות הבאות השיח הציבורי על הבעיות שעליהן הצבענו יגבר, וכן שיעלו לדין הצעות שונות ומגוונות לפתרון הבעיות. עוד סביר להניח שבשל הקצב המהיר של ההתפתחות הטכנולוגית ובשל השינויים התכופים בעולמות התוכן הווירטואליים, עם הזמן יצופו בעיות אחרות. בשל השינויים הרבים שמתחוללים במרחב האינטרנטי ובשל המהירות שבה הם מתחוללים, לדעתנו אין להסתפק בפתרון אד הוק לבעיות קונקרטיות. לדעתנו צריך לגבש קווים מנחים עקרוניים שיועילו לסרטוט הסדרים עתידיים. לכן ברצוננו לעצב מבחני עזר, ארבעה במספר, שיעזרו לבחון הצעות עתידיות לפתרון הבעיות שפירטנו או בעיות אחרות הנוגעות למעגל השלישי. אלו אינם

142 עניין ש"ס, לעיל ה"ש 20, בעמ' 165–166.

מבחינים 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 ההפוכה נכונה: עמידה בכל ארבעת המבחנים שניציג אינה ערובה מוחלטת לפתרון מוצלח. ייתכן שפתרונות מסוימים יצלחו את ארבע 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 נשענים על הרקע התאורטי שפרסנו עד כה: שני המבחנים הראשונים – על הרקע התאורטי של דיני תעמולת הבחירות, ושני המבחנים האחרונים – 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 השפעתם של ביטויים שקריים ושל מניפולציות על תודעת הבוחרים היא ההרסנית והפוגעת ביותר בשיח הציבורי הפתוח, בחשיפת האמת ובזכות לבחור ולהיבחר במובנה הרחב, ומצד אחר, 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 יהיה גבוה יותר, כך טוהרת הבחירות תישמר יותר, אך איתה תיפגע היכולת להחליף דעות ולשכנע בוחרים; ככל שרף הסינון יהיה נמוך יותר, כך תישמר האפשרות הרחבה לבחור ולהיבחר, אך מניה וביה הבוחרים יהיו חשופים למניפולציות ולהשפעות שליליות. נראה שהדרך הראויה לברוח מהפרדוקס הזה היא במניעת ביטויים שלא על פי תוכנם אלא על פי אמצעים ניטרליים – כמו המדיום שבו הם מופצים או אופן הפצתם.<sup>143</sup> כבר עמדנו על כך שלא רק מטעמים של הגנה על חופש הביטוי ראוי לנהוג כך, אלא שהכרעה זו – של מניעה מכוונת מדיום ואופן הפצה – נמנעת משאלות קשות מאוד להתמודדות, כמו כיצד מגדירים מה הוא התוכן שראוי להסירו ומי היא האינסטנציה המתאימה להכריע בכך. יתרה מזו, במניעת תוכן מוכוונת אופן הפצה ניתן להימנע מהסיכון לצנזור חד-צדדי של ביטויים ובכך למנוע פגיעה בשוויון בבחירות. שיקול אחרון הוא היותו של איסור על ביטוי לפי אופן הפצה בהיר מאיסור על ביטוי לפי תוכנו. משתתפים רבים בתעמולת הבחירות רוצים לנהוג על פי הדין. אם הדין יהיה ברור וימתח קו ברור בין ביטויים אסורים לכאלה המותרים, הדבר יאפשר למשתתפים בתעמולה לציית לדין. כשהבחנה 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 מסוימים. מכל הסיבות הללו נראה שיש

143 מדינה, לעיל ה"ש 93, בעמ' 455.

עדיפות לפתרונות שלא ינסו לעשות סלקצייה בתכנים אלא יתמודדו עם הקשיים דרך המדיום עצמו.<sup>144</sup>

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

בעולם הדמוקרטי מקובלת התפיסה שהגבלת ביטוי מראש (prior restraint) היא פוגענית מענישה בדיעבד, ומשום כך היא מוצדקת לעיתים נדירות ורק בנסיבות קיצוניות.<sup>145</sup> תפיסה זו יכולה להיות מבוססת על הסתייגות עקרונית ממניעה מוקדמת. כלומר, במדינה דמוקרטית יש 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 בשל החשש משימוש לקוי של גורמים בשלטון ביכולתם להגביל ביטויים. בעניין **סטיישן פילם** התבטא השופט ברק בסוגיה של מניעה מוקדמת והפגיעה בחופש הביטוי:

ההגבלות על חופש הביטוי לובשות צורות שונות. יש שההגבלה מונעת את הביטוי מראש. יש שהיא מענישה בגין ביטוי לאחר שפורסם. [...] ההגבלה החריפה ביותר על חופש הביטוי היא כמובן זו המגבילה אותו מראש.<sup>146</sup>

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 ברצינונו 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.<sup>147</sup>

להעדפה למנוע ביטויים מראש כמה הצדקות: ראשית, קצב התפשטותו של מידע ברשתות החברתיות הוא מהיר במיוחד. עובדה זו מעידה שלעיתים קרובות הסרה אקס-פוסט נידונה לכישלון;<sup>148</sup> שנית, כפי שהסברנו, ההצדקה הבסיסית להעדפת משטר של ענישה על פני מניעה מוקדמת היא הידיעה שהמדינה יכולה לבוא חשבון עם הפושע גם

144 בניגוד להצעות שונות שלפיהן יחויבו הרשתות החברתיות להסיר חדשות כזב. ראו למשל אושרית גן-אל "חוק חדש בגרמניה: רשתות חברתיות יסירו פייק ניוז תוך 24 שעות" **גלובס** (1.1.2018) <https://bit.ly/3MzPdsi>; קרני, לעיל ה"ש 42. דוגמאות לדרכי הפצה לגיטימיות ופסולות לפי אמות מידה אלו יובאו בהמשך, בפרק ההצעות לפתרון.

145 ראו 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**, פ"ד נ(5) 661, פס' 16 לפסק דינו של השופט ברק (1997). עוד ראו שגב **חופש הביטוי**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 292–328.

147 לאופנים שבהם 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 לדוגמה עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 55, פס' 26–30 להחלטתו של השופט ג'ובראן.

לאחר מעשה. האופי הייחודי של הרשת, ובייחוד האפשרות לביטוי אנונימי, מביאים לכך שפעמים רבות אין את מי להעמיד לדין לאחר מעשה, ולכן ההצדקה הבסיסית להעדפה של ענישה לאחר מעשה על פני מניעה מוקדמת אינה מתקיימת;<sup>149</sup> סיבה שלישית להעדפה של מניעה אקס-אנטה בתעמולת בחירות נעוצה בעובדה שהמפלגות לעיתים מעדיפות לעבור על חוק דרכי תעמולה ולשלם קנס מתוך שיקולי כדאיות, שכן העונש המושת עליהן אינו מרתיע אותן.<sup>150</sup> במקרים כאלה המפלגות רואות בקנס מעין תג מחיר לפרסום הבעייתי שמשתלם 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 מוטב שההגבלה תהיה אקס-פוסט, כדי למנוע אפקט מצנן, וכדי שלא יצונזרו תכנים לגיטימיים שהשלטון אינו רוצה בהם. אולם אם המבחן עיוור לתוכן, ממילא הבעייתיות שבאימוץ מבחן אקס-אנטה קטנה. מכל הטעמים הללו נראה בעינינו שפתרון לבעיות המעגל השלישי ראוי שיהיו אקס-אנטה. אומנם ברי שלא תמיד יהיה אפשר למנוע ביטויים מראש. במצב שבו אין מתאפשרת מניעה אקס-אנטה נדרשת חקיקה ברורה שעל פיה יפסוק בית המשפט ולא יכריע בהכרעה שיפוטית אד הוק בכל מקרה ומקרה. הדבר יגביר את הוודאות בנוגע לאסור ולמותר בתעמולת בחירות, וכך תוכלנה מפלגות לדעת את הדין מראש ולא בדיעבד.

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

כפי שראינו, יש 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.<sup>151</sup> הרציונל להבחנות הללו ברור: התמודדות עם גופים עסקיים שונה מהדרכים שבהן ראוי להתמודד עם מפלגות, וצורת ההתמודדות עם מפלגות שונה מהאופן שבו נכון להתייחס למדינה זרה המבקשת להשפיע על תוצאות הבחירות. על פני הדברים בצדק נוצרו ההבחנות בין הגופים השונים. אולם הדברים מורכבים יותר. נראה שבמציאות, בשל אופיו של המרחב הקיברנטי ההבחנות הללו נעשות חסרות משמעות אמיתית.

149 לדיון על חשיפת גולשים אנונימיים ברשת ראו מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב 51 (2010) (להלן: "חשיפת גולשים"); מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה פרק יג (התשע"א) (להלן: בירנהק מרחב פרטי); ירון אונגר חשיפת זהותו של מעוול אנונימי ברשת האינטרנט – סקירה משווה (הכנסת, הלשכה המשפטית – תחום חקיקה ומחקר משפטי https://bit.ly/3G7ffz (2012).

150 ראו לעיל ה"ש 70.

151 ראו למשל את הביקורת שמתחנן לעיל על החלטתו של השופט מלצר ועל הצעותיהם של דוח ביניש ושל המכון הישראלי לדמוקרטיה, אשר התמקדו באסדרת פעילותן של מפלגות, של גורמים הפועלים בשמן בתשלום ושל ארגונים הפעילים בבחירות.

ניתן להביא לדוגמה את מחקר המדיניות של רון שמיר ואלי בכר מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה.<sup>152</sup> במחקר המדיניות שעשו, 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, אף שלכאורה היא נשמעת סבירה, 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 למפלגה מקומית או למדינה 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.<sup>153</sup>

דווקא בשל 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 הופך את כל הצעות המדיניות לבעייתיות ולקשות מאוד ליישום.<sup>154</sup> נוסף על זה נציין שוב את הקשיים שהתעוררו בניסיונות להוכיח מי עומד מאחורי רשתות הבוטים בבחירות בישראל ומאחורי ההתערבות הרוסית בבחירות לנשיאות ארצות הברית.<sup>155</sup>

בשל הקשיים הללו, שנובעים מאופי הפעילות במרחב האינטרנט, מוצע מבחן העזר השלישי – כל הצעה שתעלה ראוי שתתמודד עם ההשפעות על השיח ברשתות החברתיות בלא תלות בשאלה מי השחקן הפועל. כך ניתן לעקוף את האתגר של זיהוי הגורמים העומדים מאחורי המניפולציה. לחלופין, 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 מדינתית ולא רגולציה עצמית של הרשתות

אופן פעולה שהפך נפוץ בשנים האחרונות להתמודדות עם חלק מהבעיות במרחב האינטרנט הוא הסתמכות על "כללי הקהילה" ועל תנאי השימוש של מתווכי התוכן.<sup>156</sup>

152 רון שמיר ואלי בכר התקפות סייבר על מערכות הבחירות – איך מתמודדים? (מחקר מדיניות 136), המכון הישראלי לדמוקרטיה (2019).

153 שם, בעמ' 21.

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

155 ראו לעיל ה"ש 68, 82.

156 לסקירה משווה ראו ירון אונגר הסדרת ההסרה של תכנים ברשתות חברתיות – סקירה משווה (הכנסת, הלשכה המשפטית – תחום חקיקה ומחקר משפטי 2021) <https://tinyurl.com/3f3fdxwj>. על רגולציה

כללים אלו מאפשרים לכל משתמש בפלטפורמה המקוונת לדרווח על פרסום כלשהו שהפר את כללי הפלטפורמה. עם קבלת התלונה היא נבחנת אצל מפעילת הפלטפורמה המקוונת, ולאחר מכן הפלטפורמה מכריעה כיצד להתייחס לביטוי ואם להסירו מהאינטרנט.<sup>157</sup> במדינות רבות בעולם נוהגת הסתמכות על הפלטפורמות המקוונות בנושאים אלה. בחלק מן המדינות הדבר נעשה בפנייה וולונטרית לרשתות, ואילו בחלק אחר מהמדינות הפנייה לפלטפורמות הוסדרה בחוק.<sup>158</sup> 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.<sup>159</sup>

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

עצמית של הרשתות ראו Tomer Shadmy, *The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights*, 37 BOS. U. INT'L. 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).

157 דלית קן-דרור פלדמן וניבה אלקין קורן "שקיפות פעולות המדינה בסיבה הדיגיטלית: אכיפה אלטרנטיבית של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת" **המשפט** כה 25 (2020).

158 בג"ץ 7846/19 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר**, פס' 26 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 12.4.2021).  
159 שם.

160 על החשיבות שהמדינה היא שתבצע את הפגיעה בזכויות האדם, כגון שלילת חירויות כמו חופש התנועה או חופש הביטוי, עמדה הנשיאה (בדימ') ביניש בבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, פס' 26 (2009): "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". לדיון נרחב על חובותיה של המדינה ועל זכותה להפריט את האפשרות לפגוע בזכויות אדם התעורר בעקבות פסק הדין בעניין הפרטה 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 הפרטה (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 אם המדינה יכולה להפריט זאת. נראה שהרשתות נעדרות אותה לגיטימציה, ובניגוד לבתי כלא מופרטים, הן אינן שואבות את ההצדקה מרישיון המדינה.



נוסף על כך, כפי שהובהר, בתקופת בחירות נדרשת המדינה לערוך איזונים מורכבים ועדינים בין רציונלים 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 אצל הפלטפורמות עלולה לפגוע קשות באיזון הנדרש בתקופת בחירות, וממילא בתקינות ההליך.

כמו כן יש לזכור שלפלטפורמות המקוונות יש מערכת שיקולים ענפה ושונה מהותית מזו של המדינה. בראש ובראשונה מטרתן של הפלטפורמות היא להשיא את רוחיהן, ומכיוון שכך, הן אינן שמות את הערכים של קיום הליך בחירות דמוקרטי והגנה על זכויות האדם בראש סדר העדיפות שלהן.<sup>161</sup> בכתיבה האקדמית, ובעקבותיה בבתי המשפט, מחלחלת ההבנה שלמתוכי התוכן יש מעמד עצמאי, וכבר אין רק מוען ונמען, אלא שלפלטפורמה המקוונת חלק כה גדול בזה, עד שחופש הביטוי צריך להיבחן כמשולש כוחות.<sup>162</sup> לתובנות דומות הגיעו בתי מחוקקים ברחבי העולם.<sup>163</sup> הדגשת התפקיד המרכזי של מתוכי התוכן מעוררת את שאלת אחריותן של הפלטפורמות בגין תוכן שמעלה צד שלישי. שאיפה של הפלטפורמות להימנע מחשיפה מיותרת לסיכון משפטי של תביעות עלולה להביא לתגובת יתר מצידן בדמות צנזורה נרחבת הפוגעת בזכויותיהם של המשתמשים, מכיוון שאין להן הפסד ישיר בהסרה.<sup>164</sup> במקרים אחרים אינטרסים כלכליים יכולים להוביל לתגובת חסר מצידן של הרשתות. הן יכולות למשל לבחור שלא לפעול להסרת תוכן בעייתי שמפיץ גוף שמשלם לפלטפורמות סכומים גבוהים על פרסומות או שהן חפצות ביקרו מסיבות שונות.<sup>165</sup>

בשל כל השיקולים הללו נראה שהמסקנה היא שאין להותיר את האחריות לפתרון להכרעותיהן של הפלטפורמות, ואין לסמוך רק עליהן שיפעלו להתמודדות עם בעיות. מסקנה זו נכונה בכל מצב, אך על אחת כמה וכמה כשהאינטרסים של המדינה והאינטרסים של הפלטפורמות אינם מיושרים. במצב כזה קיימת חשיבות מיוחדת שהמדינה היא שתפעל להתמודד עם הבעיות. מובן שאין נובעת מאן מסקנה שהפלטפורמות המקוונות אינן צריכות להיות שותפות להתמודדות עם האתגרים. להפך, גם כאשר המדינה היא המובילה

Alexandra Stevenson, *Facebook Admits It Was Used to Incite Violence in Myanmar*, N.Y. TIMES (Nov. 6, 2018), <https://nyti.ms/3yLcbZt>

162 ראו Jack M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, 118 COLUM. L. REV. 2011 (2018). על הדרכים שבהן 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).

163 למשל חוק שעבר לאחרונה בבית המחוקקים של מדינת פלורידה להגבלת סמכויות ניהול התכנים של רשתות חברתיות. ראו S.B. 7072, 2021 Leg. 123<sup>rd</sup> Reg. Sess. (Fla. 2021). לאחרונה הוגשה עתירה נגד חוקתיות החוק והוצא נגדו צו מניעה בבית המשפט בפלורידה. ראו NetChoice, LLC v. Moody, 546 F.Supp. 3d 1082 (N.D. Fla. 2021) (order granting preliminary injunction).

164 Assaf Hamdani, *Who's Liable for Cyberwrongs?*, 87 CORNELL L. REV. 901, 945 (2002).

165 תחקיר עיתונאי חשף שפייסבוק אכן נוהגת כך. ראו Jeff Horwitz, *Facebook Says Its Rules Apply to All. Company Documents Reveal a Secret Elite That's Exempt*, WALL STREET JOURNAL (Sep. 13, 2021), <https://on.wsj.com/3sLhDHW>

את הפתרון, סביר מאוד שהוא יהיה מבוסס על שיתוף פעולה עם הפלטפורמות. כוונתנו היא רק שלא יכול להיות שהפתרון יהיה תלוי אך ורק בחסדי הפלטפורמות.<sup>166</sup> אם כן, ניתן לסכם ולומר שהצעה תעמוד במבחן העזר הרביעי אם הפתרון אינו נשען על רגולציה עצמית של הרשות, כאשר המדינה אינה שחקן כלל או לחלופין היא שחקן אשר תלוי בהכרעות הפלטפורמות באופן בלעדי. כשהמדינה 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 היותם של הפתרונות שהוצעו עד כה לא מספקים, הצענו ארבעה מבחני עזר שיוכלו לשמש כלי 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 הם 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 ראוייה כל הצעה לבחינה נפרדת ומעמיקה. מטרתן המרכזית של ההצעות היא הדגמת כיוון לפתרון שצועד בקו המחשבה שהצגנו. לאורך הפרק נציג כמה קשיים – טכניים ומהותיים – ביישום ההצעות, אך יש קשיים רבים נוספים. כאמור, המטרה היא לא לשכנע שהסדרים המוצעים הם בני-יישום, אלא לקיים דיון תאורטי בלבד.

### 1. הגבלת האנונימיות ברשת בתקופת בחירות

בפרק ג עסקנו באתגר ובקושי שיוצרות רשתות של בוטים ואוטורים בתעמולת בחירות. הראינו כיצד השימוש בהם מקדם הפצת חדשות כזב ביעילות חסרת תקדים. הסברנו שגם כאשר רשתות הבוטים מפיצות מידע או מסרים שאינם חדשות כזב, צורת ההפצה והחשיפה המוגברת למסרים מטעה את ציבור הבוחרים, כאשר הם רואים תמונת עולם חלקית. עמדנו גם על הבעיות שהדוד מתוזמן וחוזר יוצר, כמו למשל יצירת תיבות תהודה. כעת נציע להן 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

166 המחשה לקושי זה ניתן למצוא בחגובת מחלקת הסייבר בעניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 158. טענת מחלקת הסייבר הייתה שפעילותם מתמצית אך בפנייה וולונטרית למפעילי הפלטפורמות המקוונות, ובקשתם מותרת למעשה את שיקול הדעת בכל הנוגע לאכיפה אצל הפלטפורמות. לכן, כך טענה יחידת הסייבר, אין לראות בפעולות היחידה מעשים מנהליים בעלי תוקף של מעשה שלטוני (שם, פס' 54 לפסק דינו של השופט מלצר). לעמדת השופט מלצר, מצב כזה מותיר כוח רב מדי אצל הפלטפורמות ואינו מגן כראוי על האינטרסים של המדינה ושל האזרחים. מנגד, השופט מלצר עצמו הודה שבשבתו כיו"ר ועדת הבחירות הוא ניהל שיג ושיח עם הרשות בנוגע לבקשות להסיר פרסומים. ראו להלן ה"ש 196.

מודלים שונים של "מערכות שם אמיתי" – RNS (real name systems) – הנוהגות במעט מדינות 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, בשל הצורות הרבות שבהן מנצלים את האנונימיות לפעילויות שליליות.<sup>167</sup> הצעתנו נובעת ישירות מהחלפת הפרדיגמה שקראנו לבצע בפרק ד: אחיזה בתפיסה של ליברליזם פרוגרסיבי, לצד התפיסה שלפיה 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 בשמו האמיתי. הסדר כזה קיים בגרמניה, אך רק כשמדובר בגופים שאינם אנשים פרטיים.<sup>168</sup> נפרט מעט.

הדין הגרמני מאזן באופן שונה מהמקובל בישראל ובמדינות אחרות בין חופש הביטוי לבין כבוד האדם. איזון זה מתבטא בכמה וכמה הסדרים, ולכן למשל חוקי לשון הרע בגרמניה נוקשים למדי.<sup>169</sup> כחלק מאיזון זה הזכות לאנונימיות ברשת מוגבלת מאוד בגרמניה.<sup>170</sup> אתרים של חברות, חנויות מקוונות, כלי תקשורת, כתבי עת, ובכלל כל גוף שאינו אדם פרטי לחלוטין – חייבים לשאת *impressum*, כלומר חותם המכיל מידע, כגון שם, כתובת ומספר טלפון של הבעלים.<sup>171</sup> 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.<sup>172</sup> מדינות

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). לדבריו של יו"ר ומנכ"ל גוגל לשעבר  
אריק שמידט ראו, Eric Pfanner, *Naming Names on the Internet*, N.Y. TIMES (Sep. 4, 2011),  
<https://nyti.ms/3Gbmcb6>.

Medienstaatsvertrag [MStV] [State Media Treaty], Apr. 23, 2020, GESETZ- UND  
168 VERORDNUNGSBLATT [GVBL] at S. 450, 451, § 18 (Ger.), <https://bit.ly/3Nn9KAw>;  
Telemediengesetz [TMG] [Telemedia Act], Feb. 26, 2007, BUNDESGESETZBLATT [BGBL] at I  
.S. 179, 251, § 5 (Ger.), <https://bit.ly/3wDzAJU>.

Allison R. Hayward, *Regulation of Blog Campaign Advocacy on the Internet: Comparing* 169  
*U.S., German, and EU Approaches*, 16 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 379, 392–395 (2008).

170 שם, בעמ' 397.

171 ראו לעיל ה"ש 168.

Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz [TTDSG] [Telecommunication-Telemedia  
172 .Data Protection Act], Jun. 23, 2021, BGBL I at 1982, § 19 (Ger.), <https://bit.ly/3s10clv>.

נוספות החלו לצעוד בכיוון של RNS, ומחוקקים במדינות אלו העלו את האפשרות לאמץ או להרחיב מדיניות כזו – כך למשל בגרמניה, בבריטניה ובאירלנד.<sup>173</sup> גרסה מצומצמת יותר של RNS דורשת ממשתמשים למסור פרטים מזהים בעת הרישום, אך מאפשרת להם לפרסם באנונימיות או בפסבדונים. גרסה כזו נקראת limited identity verification, שכן קיימת דרישה למסירת פרטים, אך אלו נשארים "מאחורי הקלעים" ונשמרת האפשרות לביטוי אנונימי.<sup>174</sup>

דוגמה 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 ופוגעני 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 במידה מוגבלת. אנו סבורים כי ההסדר הסיני הוא דוגמה קיצונית ולא רצויה, אך כזו שעוזרת 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.<sup>175</sup> בשנת 2017 נכנס לתוקף החוק הסיני לביטחון הרשת, חוק המצוי במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר בסין, ובו חקיקה מפורטת יותר של חובת הזיהוי ברשת.<sup>176</sup> אומנם 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 NAM (network authoritarian model), ואשר כוללת סינון תכנים ברשת ורגולציה נוקשה על האינטרנט.<sup>177</sup> לצד המדינות שמקדמות גישה כזו או אחרת של חובת מסירת פרטים אמיתיים, גם חלק מענקיות הרשת מקדמות מדיניות כזו. החברות הבולטות ביותר בעניין זה הן גוגל ופייסבוק. פייסבוק, למשל, דורשת פורמלית מכל נרשם לשירות שלה להשתמש בשמו האמיתי:

173 ראו Lee & Liu, לעיל ה"ש 167, בעמ' 32; Pfanner, לעיל ה"ש 167. כן ראו PAUL BERNAL, INTERNET PRIVACY RIGHTS: RIGHTS TO PROTECT AUTONOMY 245 (2014).

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

175 Bernal, לעיל ה"ש 173.

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

177 Lee & Liu, לעיל ה"ש 167, בעמ' 3.

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 with.<sup>178</sup>

גם גוגל דרשה מהמשתמשים ברשת החברתית שלה, Google+, למסור את שמם האמיתי על מנת להשתמש בשירות. <sup>179</sup> החוקר פול ברנאל העריך כי בשל כוחן של פייסבוק ושל גוגל, התמיכה שלהן ברעיונות של חובת מסירת שם אמיתי תוביל להפיכתה של דרישה כזו לנורמה כלל-אינטרנטית.<sup>180</sup>

הצעתנו מבקשת לצעוד צעד קטן ומדוד בכיוון של RNS, ובו רק בתקופת בחירות, כל אדם שירצה לפרסם תוכן באתר ציבורי – יהיה חייב במסירת פרטיו בעת ההרשמה, במודל של limited identity verification. פרטים אלו לא יפורסמו, אלא רק יישמרו אצל מפעיל האתר. מחוץ לתקופת 90 הימים שבה 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 שמסרם להזדהות, בתקופת הבחירות בלבד. כלומר, יישום של מדיניות RNS מוגבלת – הן בזמן התחולה (בתקופת בחירות בלבד), הן באימות הזהות (רק מסירת פרטים ולא חובת impressum) והן בפעילויות שיוגבלו למי שיבחר שלא למסור פרטים מזהים (הגבלת התבטאות ולא גישה). טענתנו היא שבתקופת בחירות ראוי לערוך איזון מחדש. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם רעיון של חופש ביטוי פרוגרסיבי. הבנת האתגרים החדשים שמציבות הרשתות החברתיות בעת בחירות יכולה להצדיק עריכת איזון שבו מצטמצמת ההגנה על הזכות לאנונימיות בשל הצורך לשמור על תקינות הליכי הבחירות, ומכאן על הדמוקרטיה כולה.

הגבלת הביטוי האנונימי ברשת בתקופת בחירות יכולה להוביל לכמה תוצאות חיוביות: ראשית, האפשרות של מפלגות ליצור רשתות בוטים ואוטורים תצמצם במידה ניכרת. הצורך בזהות אמיתית לכל דף תמנע מאדם לעמוד ב־זמנית מאחורי מאות פרופילים שונים. תוכנות לא יוכלו ליצור משתמשים אוטומטית ולספק לכל אחד מהם שם ותמונה גנריים. גם האפשרות להגיע למי שעומד מאחורי הפרופילים תיעשה קלה בהרבה, ויהיה אפוא אפשר להוכיח בקלות קשר למפלגות.

שנית, הגבלת הביטוי האנונימי תיצור תמריץ שלילי למדינות זרות ולגופים מפלגתיים ועסקיים ליצור רשתות בוטים. כיום הגופים הללו מפעילים בוטים ואוטורים לאורך כל השנה, בהשקעה של סכומי כסף עצומים כדי שביום פקודה – לקראת הבחירות – הם יעירו

178 *What Names are Allowed on Facebook?*, FACEBOOK HELP CENTER (last visited May 19, 2022), <https://bit.ly/39E9gqY>; *Terms of Service*, FACEBOOK (Jan. 4, 2022), <https://bit.ly/3aPF6vK>.

179 ראו BERNAL, לעיל ה"ש 173, בעמ' 242–245; Lee & Liu, לעיל ה"ש 167, בעמ' 30–32. ראו גם 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 173, בעמ' 244.

את הפרופילים הפיקטיביים לחיים ויתחילו להפעילם לפי המטרות שהם רוצים לקדם.<sup>181</sup> אם תימנע מהם האפשרות להתבטא בתקופת בחירות בלי לספק פרטים מזהים, יישלל התמריץ להחזיק את הפרופילים הללו כל השנה.

תוצאה חיובית נוספת תהיה הירידה הצפויה בהיקף הפצת חדשות כזב. טענה זו דורשת הבהרה. אמרנו בתחילת המאמר שאין ברצוננו להתמודד עם אתגרי המעגל הראשון, ובהם תופעת חדשות הכזב כשלעצמה. הצדקנו את ההכרעה הזו בכמה טעמים, בין היתר הקושי להגדיר מה נופל בהגדרת "חדשות כזב" 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 חדשות כזב, משתי סיבות: הסיבה הראשונה היא שמקורן של חדשות כזב רבות הוא בפרופילים אנונימיים. הקשר בין חדשות כזב לפרופילים אנונימיים הוא הדוק, והוא מוסבר בין השאר באפשרות לנצל את האנונימיות כדי להפיץ חדשות כזב ועם זאת לא להיות חשוף לתביעות לשון הרע למשל.<sup>182</sup> לכן אם תימנע התבטאות ממי שלא סיפק פרטים צפויה ירידה בפרסום חדשות הכזב; הסיבה השנייה היא מנגנון ההפצה של חדשות כזב. גם כאשר מקור הכזב אינו בפרופיל אנונימי, פרופילים אנונימיים מסייעים מאוד בהפצת השקר, ויש להם חלק עיקרי בהתפשטות המהירה של חדשות כזב. מניעת פעילות אנונימית בתקופת בחירות תפחית גם את יכולת ההדהוד של השקרים.

לצד היתרונות הרבים מובן שלהכרעה שמוטב לצמצם אנונימיות יש מחיר – פגיעה בזכות לאנונימיות ברשת. בישראל הזכות לאנונימיות ברשת הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לפרטיות ומהזכות לחופש ביטוי.<sup>183</sup> לפיכך 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 עליו.<sup>184</sup> 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 שבו האדם מעוניין להגיב פוגעת בזכותו לפרטיות. נוסף על זה, היא פוגעת בחופש הביטוי. מניעת ביטוי אנונימי מצמצמת את האפשרות להתבטא בחופשיות. משמעותה של העובדה שהזכות לאנונימיות נגזרת מחופש

181 למחקר אמפירי המראה שבתקופת בחירות חלה עלייה בנפח הפעילות של הבוטס אך לא במספרם ראו Tobias R. Keller & Ulrike Klinger, *Social Bots in Election Campaigns: Theoretical, Empirical, and Methodological Implications*, 36 POL. COMM'N 171 (2019).

182 ראו עניין **שאול**, לעיל ה"ש 11, פס' 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 ראו רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010); בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 149, פרק יב.

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

הביטוי היא שהזכות לביטוי פוליטי אנונימי נמצאת בליבת ההגנה המשפטית.<sup>185</sup> כשם שהביטוי הפוליטי נמצא בלב הגנת חופש הביטוי, האנונימיות בהתבטאות פוליטית נמצאת בלב הגנת הזכות לאנונימיות מכיוון שהאינטרס שאזרחים יוכלו להתבטא בנושאים פוליטיים בלי חשש הוא אינטרס מיוחד. האנונימיות תורמת להגנה על חופש הביטוי באפשרה להתגבר על לחצים חיצוניים או על מבוכה. אם כך, אין ספק ששלילת האפשרות להתבטא באנונימיות בחופשיות פוגעת במידת־מה ביכולת לבטא מסרים פוליטיים ללא חשש ומורא בזמן בחירות. הפגיעה המוצעת חלקית בלבד, והיא מוצדקת בעינינו על רקע הפרדיגמה החדשה שהצענו לאמץ.

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 המאזניים, לעיתים יש לאזן בין חובתו של המחוקק לא לפגוע בזכות האחת לבין חובתו להגן על הזכות האחרת או לקדם אותה".<sup>186</sup> פירושו של דבר שיש לערוך איזון אופקי בין הזכויות הנידונות.<sup>187</sup> בעבר נשמעה ביקורת על שפת האיזונים בכלל,<sup>188</sup> ובהקשר של הזכות לאנונימיות ברשת בפרט.<sup>189</sup> אולם ברור שזכות זו מעוררת קושי בהיותה בעלת פוטנציאל גבוה לפגיעה בזכויות אחרות. כבר בעניין רמי מור, שבו הוכרה הזכות לאנונימיות ברשת, אף שנתגלעה מחלוקת בין השופט ריבלין לשופט רובינשטיין בדעותיהם, הביעו שניהם את החשש מפני האפשרות שהאנונימיות תהיה מפלט ומקלטם של מעשי נבלה.<sup>190</sup> חשש זה נכון תמיד, אך הוא מקבל משנה תוקף בתקופת בחירות. ככלל, הכרעה בין שיקולים מתנגשים צריכה להיעשות לפי משקל הערכים בכל מצב ומצב, שכן תנאים שונים עשויים להשפיע השפעות שונות על המשקל הראוי לכל ערך.<sup>191</sup> 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 אם מבחינה מעשית הדבר ניתן לביצוע.<sup>192</sup> נציין גם שבניגוד למישור התאורטי – שבו המודל שלנו מרחיק לכת הרבה פחות מהמודלים שהוצגו – במישור היישומי המודל

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

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, פס' 17 לפסק דינו של השופט ריבלין ופס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם 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 ראו 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).

שלנו קשה יותר. בשל העובדה שהמודל הגרמני והמודל הסיני הם גורפים, קל יותר ליישם מבחינה פרקטית, והם מעלים קשיי אכיפה מעטים מאלה שמעלה המודל החלקי שאנו מציעים, שיחול בתקופת בחירות בלבד. עם זאת מודלים אלו מוכיחים שהעיקרון של ביטול האנונימיות הוא ביסודו ברייטשום.

נוסף על זה, אפילו למאן דאמר שמניעת האנונימיות בתקופת הבחירות אינה בת-ביצוע, ראוי לשקול את הטענה הזאת: המניפולציות שמפעילים גורמים שונים בתקופת בחירות הן בעלות השפעה גדולה מספיק, עד כי ייתכן שיש בכוחן להטות את תוצאות הבחירות. הטיית תוצאות הבחירות שומטת את הקרקע מתחת לרעיון הדמוקרטי כולו. לכן אפילו מחיר של ויתור גורף על זכות האנונימיות ברשת עשוי להיות מחיר סביר לתשלום. ודוק, היו מי שהגיעו למסקנה שראוי למנוע ביטויים אנונימיים מניעה גורפת עוד טרם התעוררו הבעיות שנוצרו ברשתות החברתיות, וניתן אפוא לראות בבעיות שעליהן הצבענו שיקול נוסף – כבד משקל – המצטרף לדיון ומחזק את הטוענים לביטול האנונימיות.

בנקודה זו יש להבחין בין קשיי אכיפה ואתגרים טכנולוגיים לבין הקושי התאורטי. מבחינה תאורטית קל להצדיק הגבלת אנונימיות בתקופת בחירות בלבד יותר מביטול גורף של האנונימיות. כפי שהסברנו, יש שיקולים ייחודיים וכבדי משקל הנוגעים לתקופת הבחירות בלבד, ואשר לדעתנו בכוחם להצדיק סטייה מהאיזון הרגיל. לכן מבחינה תאורטית מודל שתומך בהגבלה גורפת של האנונימיות ברשת 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 שהצענו, ובתוך כך להראות מדוע גישתנו עדיפה על פני המצב הקיים שנוצר בהחלטתו של השופט מלצר. כזכור, המבחן הראשון בדק אם מדובר בפתרון מכוון אופן הפצה ולא תוכן. מובן שהגבלת ביטוי אנונימי עומדת במבחן זה במידה 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 מכוון מדיום לחלוטין ואינו נכנס לתוכן המופץ. בניגוד לכך, החלטתו של השופט מלצר אוסרת רק ביטויים אנונימיים העולים כדי "תעמולת בחירות", לפי "מבחן הדומיננטיות" שנקבע בעניין זוילי.<sup>193</sup> 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, ובהם מפלגות, מוכנים לעבור על החוק ביודעין תוך נכונות לשאת בתשלום הקנס.<sup>194</sup> במקרים רבים העונש אינו מרתיע אותם, ומבחינתם הפרת החוק ונשיאה בהשלכות הן עניין כדאי. מניעת האפשרות להתבטא באנונימיות בלי הפקדת פרטים מזהים בעת ההרשמה לא תאפשר לגופים לפעול

193 ראו למשל עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 27, פס' 7 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר; תב"כ 31/21 (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21) **רשימת חר"ש תע"ל נ' Facebook, Inc.**, פס' 5 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 24.3.2019); עניין **רשימת ימינה**, לעיל ה"ש 63, פס' 7–8 להחלטתו של השופט פוגלמן. בנוגע למבחן הדומיננטיות ראו עניין **זוילי**, לעיל ה"ש 23, פס' 20 להחלטתו של השופט ברק; עניין **טיבי**, לעיל ה"ש 27, פס' 18–19 לפסק דינה של הנשיאה נאור.  
194 ראו לעיל ה"ש 70.



בניגוד להוראות הדין אגב 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. נוסף על כך, יש צורך בהחלטה שיפוטית אקס-פוסט אם הפרסום נחשב "תעמולת בחירות", ואין דרך לקבוע מראש אם הפרסום אסור, ובכך הוודאות המשפטית נפגעת.

מבחן העזר השלישי בחן אם הפתרון הוא גורף ואינו תלוי באופי המפיץ. ציינו שבשל אופייה המיוחד של רשת האינטרנט הפתרונות שנועדו להתמודד עם סקטור מסוים של שחקנים בתעמולת הבחירות – כמו למשל מדינות זרות – הם פתרונות בעייתיים. בשל הקושי לאתר את מחולל המניפולציות ואת הגורמים המשפיעים טענו שאי אפשר לגדור את הפתרון לפי השאלה מי הגורם העומד מאחוריהן. מובן שהפתרון של הגבלת האנונימיות ברשת עומד במבחן הזה. לא חשוב מי הגורם שמפעיל חשבון פיקטיבי – בין שזו מדינה זרה, בין שזו מפלגה ובין שזה גורם עסקי או פרטי – מכולם נמנעת האפשרות להתבטא באנונימיות בלי למסור את פרטיהם. גם במקרה זה הצעתנו עדיפה על פני המצב הקיים שנוצר בעניין **בן מאיר**, שכן כאמור ההחלטה שם אוסרת תעמולה אנונימית רק על מפלגות או על גורמים מטעמן, וכפי שהראינו, קשה (עד בלתי אפשרי) להוכיח מי עומד מאחורי התעמולה.<sup>195</sup>

המבחן האחרון התרכז בכך שהמדינה אינה יכולה לצפות שהבעיות יפתרו באמצעות 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", וכך "תוכל להינתן לפלטפורמת הפרסום המקוון התראה על הפרסום האמור, ולזו תהיה הרשות להסירו".<sup>196</sup> עם זאת השופט מלצר מוסיף כי הוא אינו שולל את האפשרות שעל מפעילי הרשתות החברתיות עשוי לחול אותו הדין החל על עיתונים או על משווקי פרסום חוצות, הכפופים ישירות לחוק.<sup>197</sup>

לסיום הדיון נבקש להוסיף הערה קצרה. הדיון מתמקד בהתמודדות עם בעיות המעגל השלישי – השפעתם של שחקני משנה – ולא ביקשנו להתמודד עם הרשתות החברתיות ישירות, מטעמים רבים, ובייחוד בשל הקושי להתמודד עם תאגידי הענק.<sup>198</sup> אולם דווקא

195 ראו תת-פרק א(3) לעיל; עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 27, פס' 85 להחלטתו של המשנה לנשיאה מלצר.  
196 שם, פס' 87 (ההדגשה הוספה). ראו גם מלצר, 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, פס' 87 להחלטתו של השופט מלצר.  
198 למדינה יש סמכות לדון בדברים הנוגעים לרשתות ולעצב מדיניות בנושא, כך למשל ברע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' בן חמו** (נבו 31.5.2018) קבע בית המשפט כי ישראלים רשאים לברר את תביעותיהם נגד פייסבוק בבתי המשפט בישראל אף 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 158, פס' 53 לפסק דינו של השופט מלצר.

ההתמודדות עם בוטים ועם אוטרים היא דוגמה להסדרה שאינה סותרת את האינטרסים של הרשתות. להפך, פייסבוק, טוויטר ורשתות חברתיות נוספות נלחמות תדיר נגד חשבונות מזויפים ונגד משתמשים פיקטיביים.<sup>199</sup> יתרה מזאת, בתוך תקנון "כללי הקהילה" (community standards) יש התייחסות לחסימה של זיופים. למשל: פרק IV בתקנון כללי הקהילה של פייסבוק מוקדש כולו ל"יושרה ואותנטיות", ובתוכו תת-פרק 17 עוסק ב"תקינות חשבון וזהות אותנטית".<sup>200</sup> אם כן, המקרה של ביטול האנונימיות ברשת הוא דוגמה למקום שבו ייתכן שיהיה אפשר לגייס את הרשתות החברתיות לשיתוף פעולה. בפירוט על אודות המבחן הרביעי הסברנו שסביר שיידרש שיתוף פעולה כזה, וככל שהאינטרסים של המדינה ושל הפלטפורמות מיושרים – כך קל יותר לקבל מצב שבו הפלטפורמות משתתפות בפתרון.

## 2. איסור על השימוש בדיפ-פייק

כזכור, בפרק שבו תיארנו 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 היו מעולם.<sup>201</sup> אף שהם נחזים להיות אותנטיים, הם זיוף מוחלט והם בבחינת מניפולציה על האמת.<sup>202</sup> טענה שנשמעת לא אחת היא שגם בעזרת טכנולוגיות ישנות ופשוטות יותר – המכונות לפעמים cheapfake בשל עלותן הנמוכה ואיכותן הירודה – ניתן ליצור זיופים ומניפולציות. בהגדרת cheapfake ניתן לציין כמה אמצעים: הוצאת דברים מהקשרם באמצעות עריכת קטעי וידאו, האצת סרטונים או האטה שלהם ליצירת עיוותים, שימוש בתוכנות עריכה גרפית ועוד.<sup>203</sup> הדיון בדמיון ובהבדלים שבין טכנולוגיות ה-cheapfake ובין טכנולוגיות הדיפ-פייק ממחיש היטב את הצורך הדחוף בהחלפה הפרדיגמטית שאותה אנו מבקשים לבסס. חוקרים

בעניין **רשימת חד"ש תע"ל**, לעיל ה"ש 193, נידונה עתירה לפני ועדת הבחירות לכנסת, בראשות השופט חנן מלצר, ובה בקשה לחשוף את פרטיו של מפעיל הדף "صفقة 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?*, N.Y. TIMES (Dec. 8, 2020), <https://nyti.ms/3LrOjg9>; Elaine Moore & Hannah Murphy, *Facebook's Fake Numbers Problem – Lex in Depth*, FIN. TIMES (Nov. 18, 2019), <https://on.ft.com/3ySO1fJ>.

200 *Facebook Community Standards*, pt. IV (Integrity and Authenticity) FACEBOOK (last visited Jun. 28, 2021), <https://bit.ly/3lqN1rg>.

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.

מובילים בתחום צופים שהשימוש בדיפ-פייק יהיה נרחב ושונה במידה רבה מהשימוש ב-cheapfake, בשל התלכדות של כמה גורמים: האיכות הריאליסטית חסרת התקדים, היכולת לפעול במישורי הטעיה חושיים (כמו השמיעה והראייה) מה שיוצר 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 ירדו – כך יתרחב היקף השימוש העתידי בהם.<sup>204</sup> משמעויותיה של הטכנולוגיה החדשה הן מרחיקות לכת. תוצרי זיוף איכותיים יובילו למצב שבו לא ניתן להסתמך עוד על מידע דיגיטלי. כל סרטון או תמונה יעוררו מייד את החשד שהם מניפולציה. באופן רחב יותר הדבר צפוי להוביל לשחיקה מהירה בהסכמה הציבורית על קיומה של אמת.<sup>205</sup> 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 השופט פוגלמן בעניין **יש עתיד**.<sup>206</sup> החלטתו של השופט פוגלמן היא דיון ראשוני ותקדימי על טכנולוגיית 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 שמוצגת בו דמות שנחזית להיות דמותו, הנושאת נאום שבו היא מתחייבת למסד שותפות פוליטית יהודית-ערבית. הסרטון שבלב המחלוקת נוצר בטכנולוגיית דיפ-פייק. המסגרת הנורמטיבית שבאמצעותה בחן השופט פוגלמן את העתירה היא האיסור הקבוע בסעיף 13 לחוק התעמולה, שלפיו מפלגה לא תבצע תעמולת בחירות "בצורה או בדרך שיש בהם משום הפרעה בלתי הוגנת" לתעמולה של מפלגה אחרת.<sup>207</sup> 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.<sup>208</sup> 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, ולכן סעיף החוק לא חל עליה.<sup>209</sup>

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

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

206 תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24) 9/24 **יש עתיד נ' עמותת "כן לשלום"** (נבו) 18.1.2021.

207 ס' 13 לחוק דרכי תעמולה.

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

209 שם, פס' 7.

החלטתו של השופט פוגלמן מעוררת קושי בשתי רמות שונות: ברמה הראשונה, לשיטתנו סעיף 13 אינו מסגרת נורמטיבית מתאימה להתמודדות עם דיפ-פייק. אם נשתמש במבחני העזר שהצגנו לעיל, ניווכח בסעיף 13 אינו עומד במובהק בשלושה מהם: התלות במבחן הוודאות הקרובה משקפת התמודדות מוכוונת תוכן ולא אופן הפצה. השופט פוגלמן בחן בפסק הדין את הסרטון עצמו – את התוכן שהוא מכיל ואת מידת ההטעיה שהוא עלול ליצור. בבחינה מעין זו מתעורר החשש שההכרעה תהיה לא שוויונית, ולכל הפחות היא מותירה פתח לטענה שתכנים מסוימים נפסלו בטענה לתוכן מטעה, בניגוד לתכנים דומים שעברו את שבט הביקורת השיפוטית על התוכן. המבחן שהציע השופט פוגלמן יוצר תלות בהחלטה שיפוטית אם התעמולה עומדת במבחן, ולכן ההתמודדות היא אקס-פוסט ולא אקס-אנטה. מבחינת הוודאות המשפטית המצב הזה אינו רצוי כלל וכלל. מצב שבו ההכרעה – אם השימוש בדיפ-פייק בעייתי או לא – מתקבלת לאחר ההפצה יוצר קושי כפול: ראשית, ההכרעה עלולה לגרום לשחקנים לגלות למפרע שפעלו באופן מטעה, במיוחד על רקע היעדר קווים מנחים ברורים להכרעתו של השופט פוגלמן; שנית, אם יוכרע כי מדובר בהטעיה, לפי סעיף 13, לא יהיה בכך להועיל למניעת ההטעיה משום אופיין המיוחד של הרשתות, שעליו עמדנו בהרחבה לעיל. לבסוף, הסעיף אינו חל על כל השחקנים שווה בשווה, 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 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 בפני דיני התעמולה. מדובר ביישום של הפרדיגמה הקלאסית של חופש הביטוי, החוששת מהתערבות יתר של השלטון ולפיכך מגבילה את ההתערבות רק למקרים שבהם קיימת "ודאות קרובה". זאת ועוד, ההחלטה האמורה מבטאת את הגישה הרואה באינטרנט מדיה ככל המדיות, ויש אפוא להחיל עליה את הדוקטרינות הקיימות. בפרקים הקודמים הסברנו מדוע לדעתנו אבד כלח 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 העיר השופט פוגלמן שאין לראות בהחלטתו אישור להשתמש ב"דיפ-פייק", שכן טכנולוגיה זו "עלולה להפר" את סעיף 13 לחוק.<sup>210</sup> לדעתנו, טכנולוגיה זו לא רק "עלולה להפר" את סעיף 13, אלא יש בכוחה אף למוטט את כל היסודות של מערכות הבחירות. מהות הווייתה של טכנולוגיית הדיפ-פייק היא להטעות בצורה אמינה ככל האפשר. קטגוריאלית, השימוש בה הוא "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,

210 שם, פס' 8.

בלי להבין את חומרת התופעה ואת האתגרים 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 אינו עומד במבחני העזר שהצגנו. 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 יכולים לעזור לעצב דין טוב יותר. נדגיש שלא בהכרח יתאפשר מייד פתרון מושלם בעזרתם, אך שימוש בהם יכול לשפר את הדין במידת-מה.

בשנת 2019 חוקקה מדינת קליפורניה הסדר שמטרתו להילחם בדיפ-פייק בתקופת הבחירות.<sup>211</sup> חוק זה אוסר על הפצת סרטוני וידאו שעברו מניפולציה ומופיעה בהם תמונתו של מועמד בבחירות, והאדם הסביר עשוי לטעות בכך, בטווח של 60 יום לפני הבחירות. חוק זה חל רק על סרטונים שבהם מודבקת תמונתו של מועמד בבחירות בתוך תמונה של אדם אחר, או על סרטונים שבהם מודבקת תמונה של אדם אחר על תמונתו של מועמד בבחירות.<sup>212</sup> נוסף על כך, החוק לא חל על סרטונים שבהם מופיע כיתוב המכריז על אי-אמיתותו של הסרטון.<sup>213</sup>

ברומה 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. נוסף על זה, לא ברור מדוע תחולתו של החוק היא רק על סרטונים המכילים תמונה של מועמד בבחירות, שכן ניסיון השפעה על הבחירות יכול להיעשות גם באמצעות סרטוני דיפ-פייק של אנשים משפיעים אחרים, כגון פוליטיקאים לשעבר, אנשי רוח ודת, מפורסמים ועוד. לבסוף, גולשים עלולים להסיר את הכיתוב המכריז על אי-אמיתות הסרטון, ולהמשיך להפיצו ללא כיתוב זה.

לאור דברים אלה, ובשל החלפת הפרדיגמה שעליה עמדנו לעיל, נבקש להציע כיוון לתיקון החקיקה הקליפורנית שלפיו 90 יום לפני הבחירות יחול איסור גורף להשתמש בטכנולוגיית דיפ-פייק.<sup>214</sup> 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 חשוב מאוד. לדידנו, יש פער עצום בין הפצת

211 .Assemb. B. 730, 2019–2020 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2019)

212 .CAL. ELEC. CODE § 20010(a) (2019)

213 שם, ס' 20010(b).

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" שבה 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).

תוכן כוזב בכתב (למשל לפרסם כי פלוני אמר כך וכך, או לצטט ציטוט שקרי של 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 אינה נובעת ישירות מעוצמת השקר המובע בו אלא מעצם המדיום שבו נעשית המניפולציה. מכיוון שכך, איסור על שימוש בדיפ־פייק 90 יום לפני הבחירות מבוסס על עצם המדיום ולא על התוכן המובע בו, שכן כל הפצה של סרטון דיפ־פייק תהיה אסורה. משמעותה של ההבחנה בין המדיום למסר תבוא לידי ביטוי, למשל, בשאלה כיצד מכריעים בשאלה אם סרטון אסור על פי החוק. בנקודה זו תתגלע מחלוקת בין ההסדר הקליפורני להסדר המוצע כאן. כאשר האיסור מבוסס על בחינה תוכנית, בדומה להסדר הקליפורני, יובא הסרטון לבחינה שמטרתה לבדוק אם הצופה הסביר עלול להיות מוטעה מהסרטון. בניגוד לזה, על פי ההצעה הזו, הבחינה שיש לערוך היא טכנית באופייה – בחינה שמנסה להכריע אם מדובר על סרטון מפוברק, ערוך ומזויף, או שמא מדובר בסרטון אמיתי.<sup>215</sup> 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 אם מדובר בהטעיה, וייתכן שאף תביא למסקנה שאין בכך הטעיה, מכיוון שהוא אכן אמר את הדברים. בניגוד לזה, בחינה מבוססת מדיום תפסול פרסום תעמולה כזה בנקל, מכיוון שברור שמבחינה טכנית מדובר בשימוש בדיפ־פייק. פסילה כזו אינה נזקקת כלל לבחינת תוכן אלא מתרכזת בהיבט הטכני של הסרטון. בבחינה כזו מובן שגם מקרים שבהם התוכן המולבש על הדמות נאמר מפי הדמות (למשל בפורום סגור) או נכתב בידה – יסווגו כאסורים.

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

אומנם אימוץ ההסדר המוצע אינו פתרון מושלם לדרישה של מבחן העזר השני להתמודדות אקס־אנטה, אך הוא קרוב יותר לשם. נסביר: כפי שפירטנו, אחת המטרות העיקריות של מבחן העזר השני היא להגביר את הוודאות המשפטית. בהסדר הקיים כיום,

215 בשנים האחרונות הולכת ומתרבה ספרות שעוסקת בשיטות לזיהוי סרטוני דיפ־פייק המבוססות על בחינה טכנולוגית. לצורך לפתח טכנולוגיות 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 שבהן ניתן לזהות אם הסרטון נוצר בדיפ־פייק ולדיון ביתרונות ובחסרונות בכך ראו Digvijay Yadav & Sakina Salmani, *Deepfake: A Survey on Facial Forgery Technique Using Generative Adversarial Network*, 2019 INT'L CONF. INTEL. COMP. & CONTROL SYS. 852.

כפי שהוא משתקף מהחלטתו של השופט פוגלמן בעניין **יש עתיד**, קיים חוסר ודאות רב. היכולת להעריך אם סרטון דיפ-פייק יפסל או לא נמוכה מאוד. ההסדר הקיים בקליפורניה מעט טוב יותר, 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 ייפסל. אולם כפי שפירטנו, 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 אם מדובר בעריכת הווידאו, ולא אם התוכן הערוך הוא מטעה) מקדם את המצב במידה ניכרת. הגברת הוודאות תבוא לידי ביטוי בכך שכל אדם שיפרסם סרטוני דיפ-פייק יעבור על החוק. אומנם אין בכך מניעה מוקדמת של השימוש בכלי זה, ובמובן הזה ההצעה אינה עומדת במידה מיטבית במבחן העזר השני, אך עצם הידיעה שהמעשה אסור טרם הפצת הסרטון, ולא רק בהכרעה שיפוטית לאחר מכן, מגביר בהחלט את הוודאות.

לצד תיקונים אלה יש נקודות בהסדר הקליפורני שלפי מבחני העזר ראוי לאמצן. למשל: כמו בהסדר בקליפורניה ראוי שההתמודדות לא תהיה תלויה באופי המפיץ, ותהיה אסורה על כל אדם ולא רק על מתמודדים בבחירות, וזאת בהתאם למבחן העזר השלישי. לא זו בלבד, אלא שקביעת האיסור בחקיקה נושאת רווח כפול: כפי שהוסבר, היא מגבירה את הוודאות. וכן לפי מבחן העזר הרביעי, היא אינה משאירה את ההתמודדות רגולציה עצמית של הרשתות החברתיות. יתרון זה מודגש במיוחד על רקע הצעות בספרות שקראו לפעול כך.<sup>216</sup> גם באשר לדיפ-פייק, בדומה להצעתנו בעניין האנונימיות ברשת, מדובר בהצעה להגביל את חופש הביטוי במידה רבה יותר מההגבלות שהוצעו עד כה. לדעתנו, הגבלות נוקשות אלה מוצדקות לפי התפיסה הפרוגרסיבית של חופש הביטוי ולפי הגישה הרואה באינטרנט ברייה חדשה המשנה סדרי עולם, שיש להתאים לה דוקטרינות חדשות. נציין כי אנחנו מודעים לקשיים הטכניים שעשויים לעלות מיישום ההצעה. ראוי לדון בקשיים אלה ככובד ראש, אך נדגיש שהצעה זו נועדה בעיקרה להמחיש את מבחני העזר ואת הגישות התאורטיות לדיני תעמולת הבחירות ברשת.

## 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 הסוגיה של תעמולת הבחירות ברשת נוגעת ליסודות הדמוקרטיה, ועד כמה נחוצה התמודדות משפטית עם האתגרים שהיא מציבה.

במאמר זה הצענו להחליף את הפרדיגמה שבה אוחזים שעה שעוסקים בדיני התעמולה ברשת. מטרתנו להראות שככלל, התייחסותם של הפסיקה ושל המחקר לסוגיית התעמולה

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).

האינטרנטית אינה תואמת את המציאות שברשת. לאחר שסיווגנו את הבעיות השונות למעגלים השונים, הראינו שהאתגרים מחייבים לשקול ולאזן בין הערכים השונים באופנים שונים. ספציפית הצענו כי ראוי לאמץ גישה פרוגרסיבית יותר אשר מצדיקה התערבות נרחבת מצידה של המדינה, כדי לקדם הגנה על הזכויות הלכה למעשה ולא רק להלכה. בשל ההחלפה הפרדיגמטית ובשל הקריאה לאימוץ גישה פרוגרסיבית רחבה ביקשנו להתוות ארבעה מבחני עזר שנועדו לעזור להעריך עד כמה הצעה מסוימת אכן הולמת את הרקע התאורטי של דיני התעמולה ושל דיני האינטרנט. כדי לסבר את האוזן ולתת נופך מציאותי למבחני העזר שהצגנו העלינו 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.