

שימוש ללא רשות בדמות האחר: האם קמה זכות תביעה משפטית? מקרה המבחן של התחזות ברשת החברתית טוויטר

מאת

יצחק בומבך* ודן בומבך**

תקציר

המאמר בוחן את תופעת ההתחזות לאדם אחר ברשתות החברתיות. תופעה זו צוברת תאוצה בשנים האחרונות בכלל הרשתות החברתיות, אך היא בולטת במיוחד ברשת החברתית טוויטר, אשר לה מאפיינים ייחודיים, שיוצגו במאמר. הדיון בתופעת ההתחזות ברשתות החברתיות, כאמור, נערך בפתח המאמר, ולאחריו ישנה התייחסות לכלים הנורמטיביים הקיימים בישראל ובעולם: הזכות לשם טוב, כפי שזו מתבטאת בחקיקה האוסרת על לשון הרע; הזכות לפרטיות, כפי שזו מתבטאת בחוק הגנת הפרטיות; הזכות לפרסום, כפי שזו מתבטאת בפסיקה בארץ ובעולם; זכויות קניין רוחני, כפי שאלה מתבטאות בחוקים הנוגעים לזכויות יוצרים, לסימני מסחר ולעוולות מסחריות; ועוד. כפי שנראה, ניתוח של מסגרות אלה, תוך שימוש במקרי בוחן ודוגמאות, מלמד כי הן אינן מותאמות להתמודדות עם מאפייניה הייחודיים של התופעה.

* בוגר הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. מתמחה בבית המשפט העליון.

** תלמיד לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
ראשיתו של מאמר זה בעבודת גמר שחבורה במסגרת סמינריון "סעדים במשפט הפרטי", בהנחיית אביחי דורפמן. תודתנו מסורה לו על הנחייתו ועל הערותיו המחכימות. אנו מודים גם לטליה פישר, מרים מרקוביץ-ביטון, עדי אייל, רועי שפירא, אלעד אורג, עמרי רחום-טוויג, מיכאל קגזנוב, אלמה גלבוש שכתמן, איתמר נדל, אלון מלאבר, יונתן אמיר, ירדן חפר, לקורא האנונימי ולחברי מערכת "עיוני משפט" איל גלזר, גלעד אשל ומיכל סויד על הערותיהם המועילות.

משום כך, הטענה המרכזית של המאמר היא שיש להתקין כלי משפטי חדש, אשר יגן על זהות האדם שאליו מתחזים. לצורך כך, מוצעות במאמר שלוש דרכי פעולה שונות: פיתוח של הזכות לפרטיות והתאמתה לעידן הרשתות החברתיות; הכרה בזכות הקניינית של אדם הפעיל ברשת חברתית על ציבור עוקביו; וכן המשגה של זכות חדשה, הנגזרת מהזכות לכבוד האדם: הזכות לזהות ציבורית אותנטית. לכל אחת מאפשרויות אלה יש מאפיינים שונים, אשר ייבחנו במאמר. כמוכן, בשל רוחב היריעה המוגבל, מדובר בהצעות ראשוניות, ומהותן היא הזמנה לפיתוח השיח האקדמי והמשפטי בנושא. במאמר יוצגו גם מבחני-משנה, המבוססים על עקרונות תיאוריית צדק ביחסים, אשר מוכרת זה מכבר בספרות המשפטית. מבחני משנה אלה נועדו לסייע בעריכת איוון בין הזכות שתיבחר מבין המנויות לעיל, במטרה להגן על האדם שאליו מתחזים, לבין הזכות לחופש הביטוי.

מבוא.....	3
א. תמורות ברשת האינטרנט: רקע.....	4
1. האבולוציה הטכנולוגית של הפגיעה בשל ההתחזות.....	4
2. תיחום הדיון.....	8
3. הערה בנוגע למתודולוגיית המאמר.....	13
ב. הזכות לחופש הביטוי.....	14
ג. המסגרות הנורמטיביות הקיימות.....	16
1. הזכות לשם טוב.....	16
2. הזכות לפרטיות והזכות לפרסום.....	19
3. זכויות קניין רוחניות.....	25
(א) זכויות יוצרים.....	25
(ב) סימני מסחר ועוללות מסחריות.....	27
ד. פתרונות אפשריים להתמודדות עם התופעה.....	32
1. הרחבת הזכות לפרטיות.....	32
2. זכות קניין-רוחנית על "הבמה הציבורית".....	35
3. מסגרת נורמטיבית חדשה: זכות לזהות ציבורית אותנטית.....	38
ה. קביעת משקלה של הזכות והסעד המתאים.....	44
1. אותנטיות ההתחזות – האם נפגעה הזכות?	45
2. סוג הפגיעה – עד כמה נפגעה הזכות?	48
3. סוג הדמות שאליה מתחזים – שיקולים שמקלים על פגיעה בזכות.....	49
4. קביעת הסעד המתאים.....	50
סיכום.....	52

מבוא

במשך שנים צובר פלוני מוניטין והופך לבר-סמכא בתחומו, ולדמות מוכרת בציבור. מטבע הדברים, מתגבש סביבו ציבור העוקב אחר פעולותיו ואמירותיו. יום אחד נודע לאותו אדם (להלן: "מושא ההתחזות") כי שמו ותמונתו מתנוססים לצד "ציוץ" ברשת החברתית טוויטר, הנחזה להיות מטעמו. עם זאת, אין למושא ההתחזות שום קשר לציוץ. הוא מעולם לא בחר לפרסם ברשת זו את הדברים שנכתבו, והחשבון מופעל על ידי אדם זר אשר מתחזה לו (להלן: "המתחזה"). לעיתים, למושא ההתחזות כלל אין חשבון ברשת החברתית. עם זאת, הציוץ הופך לווראלי ומגיע לציבור רחב, אשר מתייחס לציוץ כאל אמירה אותנטית מטעמו.

בשנים האחרונות, מצב הדברים המתואר הפך לשכיח בישראל ובעולם, וככל שמעמד הרשתות החברתיות מעמיק שורשים והופך למשמעותי בחיי היומיום שלנו, גוברות הסכנות הנובעות ממנו לדמותם הציבורית של ידוענים. כמובן, התופעה מתרחשת בכלל הרשתות החברתיות הגדולות, ואינה מוגבלת לאחת מהן. עם זאת, בשל מאפייניה המיוחדים של טוויטר, אשר יפורטו בהמשך המאמר, מהווה הרשת כר פורה מובהק לפרקטיקה של פרסום מזויף בשם אדם אחר. הסיבות של המתחזה למעשיו עשויות להיות מגוונות. לעיתים מדובר באמצעי סאטירי, אשר משמש למתיחת ביקורת על מעשיו האמיתיים של מושא ההתחזות. פעמים אחרות מדובר באמצעי בידורי, אשר אמור לשעשע את קהל הקוראים, ללא אמירה ערכית משמעותית חבויה שאמורה לעבור אליהם. הדימוי בין שני המקרים נובע מהעובדה כי השימוש בדמותו של מושא ההתחזות מאפשר הפצה רחבה יותר של המסר, וכן מסייע ללכידת תשומת הלב של הקוראים, אשר לכל הפחות בקריאה הראשונה, עלולים לייחס את הפרופיל ואת התכנים המועלים בו, למושא ההתחזות עצמו.

נטען, כי במקרים רבים, המסגרות הנורמטיביות הקיימות אינן מספקות מזור לאדם אשר משתמש בזהותו ברשתות החברתיות. מסגרות אלה אינן מתאימות להתפתחות המהירה של הרשתות החברתיות, ולסכנות הטמונות בהן עבור האדם שאליו מתחזים. לאור הפגיעה הנגרמת בעצם ההתחזות, לחירותו של האדם ולזכותו לכבוד, ראוי שמושא ההתחזות יוכל לקבל, במקרים המתאימים, סעד משפטי אשר ימנע התחזות אליו. יש אפוא צורך ב"התקנת" כלי משפטי חדש, אשר יגן על זהות האדם שאליו מתחזים. לצורך זה נציע שלוש אפשרויות חלופיות. **ההצעה הראשונה** היא לפתח את הזכויות המשפטית הקיימות, דוגמת הזכות לפרטיות, ולהתאימן לאתגרים הטמונים במרחב הרשתות החברתיות. **ההצעה השנייה** היא המשגה של זכות משפטית חדשה, שעניינה הזכות הקניין רחנית של הידוען על הבמה הציבורית, המופקת באופן מובנה מעצם מעמדו ככזה. **וההצעה השלישית** היא המשגה של זכות חדשה, שעניינה הגנה על הזהות הציבורית האותנטית של אדם. זוהי זכות אשר תגן מפני התחזות גם על "אנשים מהיישוב", אשר אינם ידוענים ולא צברו "במה ציבורית", העולה כדי זכות קניינית. במסגרת המאמר נטען כי גם לאנשים אלה יש זכות לדימוי אותנטי ברשתות

החברתיות (אף שלא מדובר בדימוי אופטימלי, או אידיאלי).¹ המאמר יעסוק בהיקף הזכויות הנדרשות, בגבולותיהן, וכן במבחנים ראשוניים לאיזון ביניהן לבין זכויות מתחרות.

לאחר שנציג בפרק הראשון את התמורות שחלו ברשת האינטרנט עם התפתחות הטכנולוגיה, נסקור בפרק השני בקצרה את הזכות לחופש הביטוי אשר עשויה להגן על מפעיל הפרופיל המתחזה. לאחר מכן, נסביר בפרק השלישי מדוע המסגרות הנורמטיביות הקיימות אינן מתאימות לעיסוק בה. בפרק הרביעי נציג את שלוש ההצעות החלופיות לטיפול בסוגיה. בפרק החמישי נמשיג מבחני משנה אשר ישמשו את בית המשפט בעת עריכת איזון בין זכויות מתחרות המתנגשות בסוגיה זו, ואלה שפיעו גם על שאלת הסעד הראוי. לבסוף נסכם.

א. תמורות ברשת האינטרנט: רקע

1. האבולוציה הטכנולוגית של הפגיעה בשל ההתחזות

עם עלייתו של "הדור השני של אתרי האינטרנט" (Web 2.0) ניתנה האפשרות למשתמשים לפרסם תגוביות ("טוקבקים"), בתגובה לרשימות ומאמרים או באתרי חדשות. בעוד ש"הדור הראשון של אתרי האינטרנט" (Web 1.0), אשר נהוג לתחום אותו בין השנים 1991-2005, התבסס על דפי אינטרנט סטטיים שנוצרו על ידי מנהלי האתרים, הדור השני התבסס כבר מראשיתו על רעיון "הרשת כפלטפורמה" והוא מספק גם למשתמשים אפשרות להעלות תוכן אשר יוצג באתר.² כדי להגיב, המשתמש יכול היה לבחור לעצמו כל שם אשר חפץ בו: הוא יכול היה להגיב בשם גנרי לבחירתו, דוגמת "אבי כהן"; ואף בסופרלטיב עצמי דוגמת "אחד שידוע"; הוא אף יכול היה להרחיק לכת ולהגיב לידיעה פוליטית מלווה בכינוי "ראש הממשלה, אריאל שרון"; ולידיעה ספורטיבית כ"מייקל ג'ורדן".³ בשל היעדר הצורך בזהות בין הכינוי אשר האדם בחר, לבין זהותו האמיתית, הקורא הסביר שעיין בתגובות לא יחס חשיבות יתרה למשמעות הכינוי, וכמובן שהוא לא העלה בדעתו שראש הממשלה בחר להגיב בצורת טוקבק לידיעה חדשותית.

עם השנים החלו להופיע הפורומים המקוונים והבלוגים. בפלטפורמות אלה נוצרו דיונים ערים שעסקו בנושאים מגוונים, על ידי עשרות ומאות משתתפים בכל דיון. בין

¹ אם כן, במהלך המאמר הכינוי "מושא ההתחזות" ישמש הן לתיאור ידוענים והן לטובת התחזות לאדם מן הציבור, בהתאם להקשר הדברים.

² ראו למשל: Ku, Chhaya A. Khanzode & Ravindra D. Sarode, *Evolution of The World Wide Web: From Web 1.0 To 6.0*, 6 INT'L J. DIGIT. LIBR. SERV. 1 (2016).

³ המגיב אף יכול היה להשתמש בתא, שבו היה מזין את כינויו, לטובת העברת מסר הקשור בדיון שעליו נכתבה התגובה. ראו למשל רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664, פס" 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2010) (להלן: עניין מור) ("תחת הרובריקה של שם הכותב, נרשם 'רמי מור שרלטן'").

היתר, פלטפורמות אלה כללו חידוש – זהות כשם עט. כל משתמש בחר לעצמו שם משתמש קבוע. בחלק ניכר מהמקרים לא ניתן היה לשנות את המשתמש יום אחר יום. בכך החלה להתהוות זהותו האינטרנטית של המשתמש.⁴ לזהות זו היה אופי דואלי: מחד גיסא, ניתוק מהזהות האמיתית של האדם (בדומה להתנהלות אנונימית); מאידך גיסא, בניגוד לאנונימיות, היא מותירה את האדם כבעל זהות המופיע בתודעת שאר המשתמשים כדמות מזוהה.⁵ עם זאת, בפלטפורמות אלה הכינויים היו ברובם המוחלט פרי מוחם הקודח של המשתמשים ובחלק ניכר מהמקרים הם לא כללו פרטים מזהים של המשתמש. בכך היה שחרור מה"אחריותיות", שעשויה להיות מלווה באפקט מצנן מסוים.⁶ כמובן, שמות עט היו קיימים לפני המצאת האינטרנט, אך במסגרת השימוש בכך נפוץ במיוחד, בשל המהירות והנוחות שבהרשמה וביכולת הפצת המסרים בפלטפורמות השונות.⁷

עם התפתחות הטכנולוגיה והתמורות שחוותה רשת האינטרנט, הגיחו הרשתות החברתיות, שיצרו פלטפורמות וירטואליות לשיתוף תכנים מחיי היומיום בין חברים. המשתמשים החלו להזדהות בשמותיהם המלאים, להעלות תמונות, לשתף את חברי הרשת במחשבותיהם ולחלוק עימם את רגשותיהם. משום כך, הפך שם המשתמש ברשת למזוהה עם המשתמש עצמו.

כיום, תופסות הרשתות החברתיות חלק מרכזי בחיינו: אנחנו מבלים זמן רב בגלישה ברשתות החברתיות, וחלקנו אף מתודעים לענייני היומיום אך ורק באמצעותן. לצד זאת, בשנים האחרונות תופעת ההתחזות בחשבונות פרטיים ברשתות חברתיות הפכה לחזון נפרץ:⁸ ברשת טוויטר נפתחו חשבונות מזויפים, בין היתר, לדלאי לאמה, לנשיאי ארצות הברית ג'ו ביידן ודונלד טראמפ, לנשיאת בית המשפט העליון לשעבר, השופטת מרים נאור, לשופטים דפנה ברק-ארו ונעם סולברג, ליועץ המשפטי לממשלה ד"ר אביחי מנדלבליט, למייסד ומנכ"ל פייסבוק מארק צוקרברג,

⁴ זו הייתה גם תקופת עלייתו של ה"Netizen", הלחם בסיסים של המילים אזרח ו-רשת. מונח זה נטבע על ידי מייקל האובן, אשר זיהה משתמשים באינטרנט, אשר תפקדו באופן פעיל בקהילות מקוונות ובאינטרנט באופן כללי. ראו Michael Hauben, *The Expanding Commonwealth of Learning: Printing and the Net* (unpublished manuscript) (available at <https://tinyurl.com/2p9azy22>).

⁵ ראו Joseph B. Walter & Malcolm R. Parks, *Cues Filtered Out, Cues Filtered In: Computer-Mediated Communication and Relationships*, in *HANDBOOK OF INTERPERSONAL COMMUNICATIONS* 529 (Mark L. Knapp & John A. Daly eds., 2002).

⁶ ראו אלעד אורג "זכות לזהות מידע" עיוני משפט לג 423, 435-436 (2010); Shaun B. Spencer, *Cyberslapp Suits and John Doe Subpoenas: Balancing Anonymity and Accountability in Cyberspace*, 19 JOHN MARSHALL J. COMP. & INFO. L. 493, 497 (2001).

⁷ ראו Sherry Turkle, *Parallel Lives: Working on Identity in Virtual Space*, in *CONSTRUCTING THE SELF IN A MEDIATED WORLD* 156 (Debra Grodin & Thomas R. ANNET N. MARKHAM, LIFE ONLINE: RESEARCHING REAL ;Lindlof eds., 1996) .EXPERIENCE IN VIRTUAL SPACE 53 (1998)

⁸ אדר שלו "זייפני הסלב ב-Twitter – מתעלים על המקור" *Ynet* (13.3.2009).

לפעילה החברתית אורלי בר-לב, למגישת החדשות יונית לוי, לחבר הכנסת יאיר גולן, לזמר אייל גולן ולמאמן הכדורסל פני גרשון, והרשימה עוד ארוכה.⁹ לעיתים משמשת ההתחזות, לשם הפצת ידיעות כזב (Fake News), פעמים רבות על רקע פוליטי. כך למשל במערכת הבחירות לכנסת ה-21, אשר התקיימה בתחילת שנת 2019, משתמש בטוויטר אשר התחזה לפרשן הפוליטי של חדשות ערוץ 12, עמית סגל, פרסם ציוץ לפיו: "במהלך פגישה מפלגת כחול לבן [...] אשכנזי וגנץ החלו להתווכח מילולית ואף החליפו מהלומות, שכתוצאה מהן גנץ התמוטט ונזקק לטיפול רפואי, במפלגה סירבו להגיב [...] בהמשך לצלילה של כחול לבן בסקרים בשבוע החולף" (כך במקור). כדי לשוות לחשבון אמינות, המתחזה השתמש בשמו המלא של סגל בעברית ובאנגלית, ובתיאור החשבון הוא סיפק פרטים אמיתיים על אודות הפרשן.¹⁰ לאחר מספר שעות, החשבון הוסר על ידי טוויטר, והציוץ נמחק.¹¹ עם זאת, כיוון שהציוץ הובא לכאורה מפיו של הפרשן הפוליטי המוכר ביותר בארץ, הציוץ זכה לחשיפה רחבה בטרם נמחק.

על רקע זה עולה גם כמות הפרופילים המזויפים אשר נראים כנעשים לשם השעשוע ותו לא: אחד הפרופילים המזויפים אשר נחלו הצלחה ניכרת בטוויטר, ועודו קיים

⁹ Donald J. Trump (@niceDonaldTrump) **טוויטר**; <https://twitter.com/niceDonaldTrump>; Joe Biden (thhsbiden) **טוויטר** ([thhsbiden](https://twitter.com/thhsbiden)); מרים נאור (@NaorFake) **טוויטר** ([NaorFake](https://twitter.com/NaorFake)); דפנה ברק ארי, שופטת (@Fake_DB@) **טוויטר** ([Fake_DB@](https://twitter.com/Fake_DB@)); נעם סולברג (@fakeSohlberg) **טוויטר** ([fakeSohlberg](https://twitter.com/fakeSohlberg)); אביחי מנדלבלית (@AvihaiMandelbli) **טוויטר** ([AvihaiMandelbli](https://twitter.com/AvihaiMandelbli)); Mark Zuckerberg (@Mark_Zuckerberg) **טוויטר** ([Mark_Zuckerberg](https://twitter.com/Mark_Zuckerberg)); יונית לוי 2 (@FakeYonit) **טוויטר** ([FakeYonit](https://twitter.com/FakeYonit)); Fake Yair Golan - יאיר גולן (@GolanFake) **טוויטר** ([GolanFake](https://twitter.com/GolanFake)); אייל גולן (@eyal_golan_) **טוויטר** ([eyal_golan_](https://twitter.com/eyal_golan_)); קואצ' פני גרשון (@FakePini) **טוויטר** ([eyal_golan](https://twitter.com/eyal_golan)); <https://twitter.com/FakePini>. ראו גם בר פלג ועודד ירון "מה אפשר ללמוד מחשבון הטוויטר המזויף שמישהו פתח לאור-לי ברלב" **הארץ** (18.1.2021); לכתבה העוסקת בתופעה בארצות הברית, ראו Jason Bailey, *Inside the Weird World of Twitter's Celebrity-Impersonating "Parody" Accounts*, FLAVORWIRE (Mar. 30, 2015), <https://tinyurl.com/mrx8ft9>. בשל התרחבות היקף התופעה, הוקמה אף פלטפורמה בתשלום המחפשת פרופילים מתחזים ברשתות החברתיות על מנת להסירם, ראו Social Impostor, <https://tinyurl.com/mw6ash5y> (last visited Oct. 9, 2022). לפי המידע המוצג בדף הבית של אתר החברה, עד ל-9.10.2022 הוסרו 89,403 פרופילים מתחזים (והמספר ממשיך לעלות).

¹⁰ תמונת הפרופיל של החשבון הייתה תמונה מחמיאה של סגל. תמונת הרקע הייתה הסמליל של חדשות 12. פרטי הפרופיל (Bio) של חשבון זה היו: "הפרשן הפוליטי של @newschannel12 בערוץ 12, כותב ב-YediotAchronot, אבא של עברי. הצטרפו לעמוד הטלגרם שלי לעדכונים שוטפים: t.me/amitsegal" (כולם נתונים נכונים).

¹¹ Root "מתקפת פייק ניוז בטוויטר: מתחזה לעמית סגל בטוויטר פרסם ציוץ על קטטה כביכול בין גנץ לאשכנזי | עדכון: הוסר" **Rotter.net** (31.3.2019), <https://tinyurl.com/uuxt9dvr>.

במועד פרסום שורות אלה, הוא הפרופיל שנפתח בשם ח"כ משה גפני.¹² בפרופיל זה מתפרסמים באופן יומיומי ציורים אשר תוכנם מתאים לאופיו של חבר הכנסת, והם מתכתבים באופן מלא עם המדיניות שבה הוא נוקט. הפרופיל מייצג באופן מובהק את העמדה החרדית: בזמן שהמפלגות החרדיות מצויות באופוזיציה הוא תוקף את חברי הממשלה, והוא מבטא עמדה לעומתית לפסיקות בג"ץ כאשר אלה מתנגשות עם התפיסה החרדית;¹³ מעלה סרטונים אותנטיים של חבר הכנסת גפני; ותמונות של הצוות שלו. עם זאת, לא מדובר בחשבון שקשור בדרך כלשהי לחבר הכנסת.¹⁴ כך היה גם במקרה שבו נפתח חשבון טוויטר בשמו של אבנר נתניהו, בנו של ראש הממשלה באותה תקופה. בחשבון זה התפרסמו ציורים שנחזו לאותנטיים ותואמים מסרים שנתניהו היה מפרסם, לו הפעיל חשבון טוויטר.¹⁵

בשנים האחרונות חלה קפיצה משמעותית נוספת ביכולת ההתחזות לאדם אחר באינטרנט, אשר נגרמה מעליית ה-Deep Fake (הלחם של המילים Deep Learning ו-Fake). מדובר בטכנולוגיית בינה מלאכותית, אשר מאפשרת ליצור סרטוני וידאו וקטעי קול מזויפים, ברמת דמיון גבוהה מאוד למקור. בשל כך, המשתמש יתקשה לרוב לגלות שמדובר בזיוף.

תופעה זו עוררה סערה במערכת הבחירות לכנסת ה-24, אשר התקיימה בתחילת שנת 2021, כשהתפרסם סרטון שנוצר בטכנולוגיה זו, שבה נראית דמות הנחזית להיות ראש האופוזיציה, ח"כ יאיר לפיד, שמבטיחה למנות שני שרים ערבים בכירים. ההבטחה ניתנת במסגרת נאום הנחזה כנאום בחירות.¹⁶ הסרטון הופק במסגרת יוזמה עצמאית של התארגנות הפועלת למען שיתוף פעולה בין יהודים וערבים במגרש הפוליטי, ופורסם בעמוד של עמותת "כן לשלום". בתגובה, הגישה מפלגת "יש עתיד", שבראשה עמד לפיד, עתירה ליו"ר ועדת הבחירות לכנסת, בבקשה שיוורה להסיר את הסרטון. העילה להסרה, לטענתם, הייתה שהסרטון מנוגד לסעיף 13 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, שעניינו "איסור הפרעה לא הוגנת לתעמולה של מפלגה". במשך 2 שניות בתחילת הסרטון נוסף בתחתית המסך "כיתוב עמום שלפיו

¹² משה גפני Moshe Gafni (@Gafni_Moshe) **טוויטר** https://twitter.com/Gafni_Moshe (להלן: פרופיל מזויף ח"כ גפני).

¹³ ראו קובי נחשוני ונינה פוקס "ראשי המפלגות החרדיות במתקפה חריפה נגד בנט: 'רשע, שיוריד את הכיפה'" **Ynet** (8.6.2021) <https://tinyurl.com/ywu7ne24>; "גפני במתקפה חריגה נגד בנט: 'הוא הרוצח של אלו שמתים מקורונה'" **מעריב** (28.7.2021) <https://tinyurl.com/7wemn7wt>; כיפה TV (@KipaVod) "גפני נגד בנט במליאה. קרדיט: ערוץ הכנסת" **יוטיוב** (28.7.2021) <https://tinyurl.com/2fndybv3>.

¹⁴ ישנם מספר רמזים מינימליים לכך בתיאור של הפרופיל, ובהן הופיע במשך תקופה ארוכה הצירוף: "פייקחבר כנסת" (כך במקור) ובשלב מסוים הכיתוב הוחלף ונכתב "חשבון מעריצים" (כך במקור). ראו פרופיל מזויף ח"כ גפני, לעיל ה"ש 12.

¹⁵ "תעלומה: מי מתחזה לאבנר נתניהו בטוויטר" **כאן** (24.7.2019).

¹⁶ כפיר אדר "הדיף פייק של יאיר לפיד? זו רק הסנונית הראשונה: העומדים מאחורי הסרטון מדברים" **Ice** (16.1.2021) <https://tinyurl.com/z84bzepz>.

הסרטון הוא דיפ פייק". עם זאת, טענה "יש עתיד" שקיימת סבירות גבוהה שהצופה הסביר יסבור שהסרטון אמיתי.¹⁷

בתגובה לעתירה, הסירה העמותה את הסרטון, והעלתה מחדש את הסרטון עם שינויים שהבהירו שהסרטון אינו אותנטי, ושהמציג אינו יאיר לפיד.¹⁸ למרות זאת, המפלגה עמדה על מתן החלטה של יו"ר ועדת הבחירות, השופט (כתוארו אז) פוגלמן, ובכך אפשרה חרף צר להתייחסות משפטית לסוגיה. לאחר שהשופט ציין כי "הדין הישראלי טרם נדרש לסוגיה זו במפורש",¹⁹ הוא הפעיל את מבחן "הוודאות הקרובה להטעיית הציבור", ובשל השינויים שנערכו בסרטון, הוא החליט לדחות את העתירה, ולאשר את הקרנת הסרטון המעודכן.²⁰ עם זאת, יו"ר ועדת הבחירות הוסיף הערה, לפיה השימוש בטכנולוגיית Deep Fake עלול לגרום לקשיים מרובים בויהוי תוכן אמיתי ותוכן שקרי בתחומים שונים, וכן כי הוא עלול לערער את האמונה בקרב הציבור בכך שיש אמת בבחירות: "אם כל דבר אפשר לזייף, מדוע להאמין בדבר כלשהו?".²¹

2. תיחום הדיון

בנקודה זו נבקש להעיר מספר הערות, ונפתח במתן הסבר למיקוד המאמר ברשת הטוויטר. כאמור לעיל, ראוי לציין כי התופעה המתוארת במאמר מתרחשת בכלל הרשתות החברתיות, אך נראה שחלק ניכר מאוד ממנה מתממש, לפחות בימינו, דווקא בטוויטר. אנחנו סבורים כי התחזות נוחה יותר ברשת זו, הן בשל מאפיינים טכנולוגיים הקשורים למתכונת פרסום הציוצים בה; והן בשל סיבות מעשיות ותרבותיות, הקשורות לאופי המשתמשים בכל רשת.

לצורך המחשת נקודה זו נפרט במספר מילים על הדרך שבה פועלות הרשתות החברתיות: האלגוריתם "המסורתי", אשר משמש את רוב הרשתות החברתיות, בעיקר

17 תב"כ 9/24 יש עתיד נ' עמותת "כן לשלום" 1 (נבו 18.1.2021) (להלן: עניין יש עתיד).
18 השינויים כללו הצגת שקופית בתחילת הסרטון: "הסרטון שלפניכם נוצר בטכנולוגיית דיפ פייק והמציג בו אינו יאיר לפיד", ולאורכו הופיע הכיתוב "המציג אינו יאיר לפיד". כמו כן, בתום הנאום מופיעה שקופית ובה כתוב "זה לא חייב להיות פייק". מיד אחריה מופיעה שוב הדמות, ופני הדובר הופכים לפנים של השחקן שגילם אותה. שם, בפס' 3 ו-6.

19 שם, בפס' 4.
20 מבחן זה נועד לעמוד בקנה אחד עם ס' 13 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, שמטרתו למנוע "הפרעה בלתי הוגנת של תעמולת בחירות". לעומת זאת, נהדד כי בעוד סעיף זה עוסק במשפט הציבורי, עניינו של מאמר זה במשפט הפרטי וביכולתו של אדם לקבל סעד בגין ההתחזות אליו.

21 שם, בפס' 8. לקריאה נוספת על תופעת ה-Deep Fake, ראו Bobby Chesney & Danielle Citron, *Deep fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security*, 107 CALIF L. REV 1753 (2019); Edvinas Meskys et al., *Regulating Deep Fakes: Legal and Ethical Considerations*, 15 J. INTEL. PROP. L. & PRAC. 1 (2020); תהילה שוורץ אלטשולר ואיתי ברון "פייק ניוז: הדור הבא" המכון הישראלי לדמוקרטיה 14.7.2019.

הוותיקות יותר, בנוי כך שהמשתמש שגולש בהן ייחשף בעיקר לתכנים אשר חבריו פרסמו. ככל הנראה הדבר נובע מאופי הפרסומים ברוב הרשתות החברתיות, שהן פלטפורמות מרובות תמונות ומחשבות פרי המשתמשים בה. ההנחה היא שהמשתמש יתעניין יותר בפרסומים מסוג זה, כשהם עוסקים באנשים שהוא מכיר. כך למשל, ברשת פייסבוק, אדם נחשף בעיקר ל"פוסטים" שמכילים תמונות והגיגים שפרסמו משתמשים אשר הוא אישר מראש והוסיף לרשימת חבריו. בחלק קטן מהמקרים הוא ייחשף גם ל"שיתופים" שחבריו ביצעו לפוסטים של חברים שלהם.²²

רשת טוויטר בנויה באופן שונה: סדר הצגת הפיד בטוויטר מבוסס על שלושה סוגי ציוצים.²³ הסוג הראשון, אשר זוכה לדירוג הגבוה ביותר מהאלגוריתם ובשל כך מופיע בראשית הפיד, מורכב מציוצים מדורגים (Ranked Tweets): ציוצים שהאלגוריתם זיהה שיעניינו את המשתמש, על בסיס התנהגותו בפלטפורמה. האלגוריתם מתחשב במגוון רחב של גורמים, וביניהם מעורבות של המשתמש בתגובה לציוצים אחרים (לייקים, ציוצים מחדש ותגובות), היחס של המשתמש לחשבונות המצויים ברשימת המעקב שלו, תוכן הציוץ ועוד.²⁴ הסוג השני מורכב מציוצים שעשויים לעניין את המשתמש בהתבסס על כמות רבה של אינטראקציות בין המשתמש לבין החשבונות שפרסמו אותם, אבל הם ישנים יותר.²⁵ לבסוף, נמצאים שאר הציוצים של החשבונות שהמשתמש עוקב אחריהם בסדר כרונולוגי – מהחדשים ביותר לישנים ביותר. בנוסף לכך, הרשת מבוססת על אלגוריתם טקסטואלי, אשר משתמש בקישורים לוגיים בין הציוצים השונים, כך שלרוב הפיד יורכב מ"רצפים" של ציוצים שעוסקים באותו נושא.²⁶ כמו כן, וכתוצר ישיר של מאפיינים אלה, המשתמש נחשף באופן תדיר לציוצים פופולריים שהוא אינו מכיר מראש את הפרופילים שפרסמו אותם. דהיינו, אין צורך ב"מעקב" אקטיבי אחר פרופיל מסוים כדי להיחשף לציוציו. אדרבה: מספיק שמספר פרופילים שהמשתמש עוקב אחריהם יבצעו פעולת "Engagement" כלשהי (דוגמת סימון "אהבתי" או הגבת תגובה) לציוץ פופולרי מסוים, כדי שהוא יופיע בפיד של המשתמש.²⁷ בשלב שבו ציוץ מופיע בפיד, ובראשו מופיע שם של אדם מוכר,

²² Paige Cooper, *How the Facebook Algorithm Works in 2021 and How to Make it Work for You*, HOOTSUITE (Feb. 10, 2021), <https://tinyurl.com/9dwzamn8>.
פיד" פייסבוק – מרכז העזרה (2021) <https://tinyurl.com/j3w3ddj7>

²³ Alfred Lua, *How the Twitter Timeline Works (and 6 Simple Tactics to Increase Your Reach)*, BUFFER, <https://tinyurl.com/bddd832x> (last visited Oct. 19, 2022)

²⁴ Amanda Laine, *Cracking The Code On The Twitter Algorithm*, PUBLER, <https://tinyurl.com/2pp6xjvt> (last visited Oct. 19, 2022)

²⁵ **מכונים ציוצי ICYMI או In Case You Missed It**

²⁶ *About your Home timeline on Twitter*, TWITTER: HELP CENTER, Katie Sehl, *How the Twitter Algorithm Works in 2022 and How to Make it Work for You*, HOOTSUITE (Oct. 26, 2021), <https://tinyurl.com/27kjsd9y> (last visited Oct. 18, 2022); Jack Bandy & Nicholas Diakopoulos, *Curating Quality? How Twitter's Timeline Algorithm Treats Different Types of News*, 7 SAGE JOURNALS (2021)

²⁷ שם.

לכאורה אין סיבה לחשוד שהציוץ אינו אותנטי ואינו מוכא בשם אומרו. זאת, להבדיל מפרסומים ברשתות אחרות, שבהן המשתמש בוחר אקטיבית לאשר את הגורמים שאחרי פרסומיהם הוא עוקב.

כמובן, האלגוריתם של טוויטר אינו ייחודי במאפיינים אלה, וגם רשתות חברתיות אחרות משלבות "פיד" של תוצרים ויראליים ו"פיד" של מעגלים קרובים של המשתמש. מאפיינים אלה מספקים למשתמש תוכן "בדחיה", בהתבסס על למידה אוטומטית של העדפותיו. ויובהר, לא מדובר בפונקציה המתבססת על קשרים חברתיים בלבד, אלא גם על אופן הצפייה בתכנים, איסוף עוגיות מאתרים שבהם המשתמש גלש וכיוצא בזאת. למשל, בשנים האחרונות צוברת תאוצה הרשת החברתית הסינית "טיקטוק", אשר בדומה לטוויטר, גם היא מתבססת באופן מופחת על היכרות מוקדמת עם החשבון שמפרסם את התוכן, כי אם על הויראליות של הסרטונים המתפרסמים בה ועל תחומי עניין.²⁸ חרף זאת, בחרנו למקד את המאמר בטוויטר ולא בטיקטוק, בראש ובראשונה כיוון שברשת זו הבעיה כבר מתרחשת. כפי שהראינו לעיל, ישנם פרופילים רבים אשר צצים בטוויטר ומתחזים לאדם אחר, אף ללא רצון לקבל טובת הנאה כלשהי בשם מושא ההתחזות. אנחנו סבורים שהדבר נובע מאופייה הטקסטואלי של טוויטר, אשר שונה מהאופי של פלטפורמות כמו אינסטגרם (אשר מבוססת במידה רבה על תמונות) או טיקטוק (אשר מבוססת במידה רבה על סרטונים קצרים). כמובן, גם ברשתות האחרות ישנן פונקציות אשר מאפשרות העלאת טקסט פרי עטו של המשתמש, אך לא בכך חוזקתן. על כן, בטוויטר נוח יותר להתחזות לאדם אחר, בהינתן שלא נדרשת מעורבות של טכנולוגיית Deep Fake, אשר טרם נכנסו לשימוש רחב.²⁹ כמובן, מטרתו של מאמר זה היא להציף את חשיבות הסוגיה ואת הצורך בפיתוח של מענה משפטי שיתמודד עמה. לאחר מכן, ובהתאם לתמורות הטכנולוגיות והתרבותיות, ניתן יהיה להקיש מהפטרונות המוצעים ביחס לטוויטר גם לרשתות החברתיות האחרות.

בהקשר זה, חשוב לציין כי קיים קושי משמעותי בהסתמכות על אכיפה פנימית של טוויטר בסוגיה. ראשית, כללי הקהילה של הרשת חושפים יחס אוהד כלפי חשבונות שאינם אותנטיים, בתנאי שהם מצהירים על כך במקום בולט. הרשת מקלה מאוד על הפעלת חשבונות סאטיריים ומקדשת במסמכיה את חופש הביטוי המהותי. בהקשר זה לא למותר לציין כי הצנזורה ברשת זו נחשבת למתירנית במיוחד, והיא אחת הרשתות החברתיות היחידות אשר פונות לקהל הרחב אשר מתירה הצגת חומר פורנוגרפי באין מפריע. הסבר אפשרי אחר ליחס המקל של הרשת לחשבונות מתחזים הוא ה"טראפיק"

Christina Newberry, *How the TikTok Algorithm Works in 2022 (and How to Work With It)*, HOOTSUITE (Feb. 11, 2022), <https://tinyurl.com/2kb92h9k> ²⁸

בהקשר זה, כיוון אפשרי נוסף אשר מעלה את חשיבותה של טוויטר על פני הפלטפורמות האחרות הוא שמדובר בפלטפורמה המאופיינת בעיסוק פוליטי ועיתונאי מוגבר, ועל כן המשתמש מתייחס לעולה בה "ברצינות" רבה יותר, ומייחס לה אמינות מוגברת. זאת לעומת הפלטפורמות ה"בידוריות" יותר, כמו אינסטגרם וטיקטוק. ²⁹

והעניין שהם מושכים עמהם לרשת החברתית.³⁰ על כן, טוויטר אינה מתמקדת בתוכן הציוצים שהשתמש מעלה, והיא דורשת הצהרות צורניות במאפיינים של החשבון, שיבהירו לקורא שמדובר בחשבון שאינו אותנטי. שתי הדרישות המרכזיות של הרשת היא הצהרה במסגרת פרטי ה"כיו" של המשתמש, וכן ציון כלשהו במסגרת שם החשבון שמדובר בחשבון לא אותנטי. עם זאת, הרשת אינה קובעת כיצד יש לעשות זאת, ומשאירה את הדרך שבה יש לערוך גילוי נאות להחלטת המתחזים שמפעילים את החשבונות הללו.

שנית, בחלק מהמקרים רשת טוויטר מתמהמהת אף בהסרת החשבונות המזויפים שמפרים את כללי הקהילה, בזמן שאלה מספיקים לצבור עוקבים. למשל, מקורביו של ח"כ גפני קראו למשתמשי טוויטר לדווח למפעילה על המשתמש המתחזה, תוך הבהרה שאין קשר בינו לבין חבר הכנסת, אך עד כה, למעלה משנה לאחר מכן, החשבון עודנו פעיל.³¹ יתרה מזאת, חלק ניכר מהחשבונות המזויפים שהוזכרו בפרק זה אינם כוללים גילוי נאות שכזה. גם כאשר טוויטר הוזהרה שוב ושוב שמפעילים רוסים פועלים באמצעות מפעילים המתחזים לפוליטיקאים מהמפלגה הרפובליקאית, היא סירבה להסיר אותם במשך תקופה ארוכה.³² גם בישראל התרחש מקרה דומה, כשהופעל חשבון שהתחזה ליאיר נתניהו, בנו של מי שהיה ראש הממשלה באותה תקופה. במקרה זה דווח כי החשבון היה פעיל במשך 10 שנים עד שהוסר.³³

ושלישית, כפי שנדון בספרות המשפטית אשר התייחסה בנושא, קיים קושי מהותי בהסתמכות על כללי קהילה שנקבעים על ידי חברה מסחרית, בעת שאנו דנים בפגיעה אפשרית בזכויות אדם. באופן טבעי קצרה היריעה מלהרחיב בנושא זה במאמר, אבל בדומה למסקנות בכתיבה הקיימת בתחום, אנו סבורים שעל מערכת המשפט ליצור

³⁰ המודל הכלילי של הרשתות החברתיות מבוסס על פרסומות. על כן, הן מנסות לעורר את המשתמשים לבצע פעולות בפלטפורמה באופן תדיר (מכונה באנגלית traffic – מונח המתייחס לכמות המשתמשים אשר גולשים באתר). כמו כן, הרשתות החברתיות מעוניינות לגרום למעורבות פעילה של המשתמשים באמצעות תגובות מסוגים שונים לתכנים המועלים ברשתות (מכונה באנגלית engagement – מונח המתייחס לכמות האינטראקציות של המשתמשים עם התוכן שמופיע להם בפיד). להרחבה ראו C.M. Sashi, *Customer engagement, buyer-seller relationships, and social media*, 50 MGMT. Rasananda Panda, Bijal Mehta & Anushree Karani, *Business*; DECISION 253 (2012). *Models on Social Media*, 5 INT'L J. MKTG. & FIN. MGMT. 34 (2017).

³¹ יעקב מורגנבסר (@yakovmorgen) טוויטר (25.9.2021, 20:49) https://twitter.com/yakovmorgen/status/1441822105721470981?s=20 ("חשבון פייק. דווחו בבקשה!")

³² Kevin Koillier, *Twitter was Warned Repeatedly About this Fake Account Run by a Russian Troll Farm and Refused to Take it Down*, BUZZFEED NEWS, https://tinyurl.com/53az9729 (Oct. 18, 2017).

³³ "יאיר נתניהו התריע כי מתחזים אליו בטוויטר, ואיים: 'מזיע לו לשכור עורך דין' ICE" https://tinyurl.com/7c4tsjvb (24.1.2021).

מסגרות נורמטיביות מתאימות, אשר יעניקו הגנה לכלל האנשים, ללא תלות בחסדיה של חברה מסחרית.³⁴ כמו כן, בטרם נצלול לעומקם של דברים נעיר כי על אף שמשתמשים רבים מתחזים לדמויות פוליטיות, בחרנו שלא לצמצם את המאמר להתחזות לפוליטיקאים. זאת, לאור העובדה שבתי המשפט בישראל ובעולם אינם נוטים להעניק סעד לפוליטיקאים, אשר מעוניינים להסיר פרסומים הקשורים בהם. עד כה רוב העיסוק התקיים בנושאים שבהם עמדה על הכף זכותם לשם הטוב של הפוליטיקאים, וההנחה המובלעת של השופטים היא שבעת שאדם בוחר להיכנס לקלחת הפוליטית, הוא מוותר על זכותו "להשתיק" ביקורות וביטויים אשר מכוונים כלפיו. בשל כך, בתי המשפט ממעטים לפסוק סעדים לטובת אותם פוליטיקאים.³⁵ אמנם, בשונה מאותם מקרים, בענייננו התופעה רחבה יותר, ונוגעת בשימוש בפועל בזהות של מושא ההתחזות; נרחיב בנושא זה גם בפרק ה' להלן.³⁶ כמו כן, כפי שהובא לעיל, תופעת ההתחזות רחבה מהרבה מהתחזות לפוליטיקאים בלבד, ונפוץ ההתחזות למשתתפי תוכניות ריאליטי, ספורטאים, מגישי חדשות ועוד.

³⁴ בהקשר זה ראו למשל דלית קן-דרור פלדמן וניבה אלקין קורן "שקיפות פעולות המדינה בסביבה הדיגיטלית: אכיפה 'אלטרנטיבית' של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת" **המשפט** כה 25 (2020); מיכל לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות: הצעות לפעולה" **חוקים** יג 59 (2020).

³⁵ בדין האמריקני תביעות אלה, המאופיינות לרוב בסכומים גבוהים ובפערי כוחות משמעותיים בין הצדדים, מכונות SLAPP – Strategic Lawsuits Against Public Participation, מונח שנתבע בספר: GEORGE W. PRING & PENELOPE CANAN, SLAPPS: GETTING SUED FOR SPEAKING OUT (1996). להרחבה לגבי תביעות השתקה, ראו שחר טל "אימת הדיבה: מפת התמריצי הגשת תביעות SLAPP בישראל" **משפטים** מה 515 (2015). לגבי נטיית בתי המשפט לדחות תביעות דיבה מצד אישי ציבור, ראו בג"ץ 606/01 אינדרו נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, פס" 10 לפסק דינה של השופטת דורנר (1994) (להלן: עניין קידום) ("ברוך כלל, אין להגביל ביטוי פוליטי אך בשל פגיעתו ברגשות. הגבלה כזאת עלולה לפגוע באופיית הדמוקרטיה. מכאן הפסיקה, שבה ניתנה הגנה מלאה לביטויים פוליטיים המבקרים את הממשלה בלשון עולבת וגסה או לביטוי פוליטי גזעני הפוגע ברגשות הציבור"). יוער כי בית המשפט העליון הפדרלי של מדינת ניו יורק קבע כי תביעת דיבה שהוגשה על ידי "עובד ציבור" (Public Official) תחייב עמידה ברף הוכחה חמור במיוחד – הוכחה כי הנתבע פעל מתוך כוונת זדון ממש (Actual Malice), ראו New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, (1964) 285. לאחר מכן, בית המשפט העליון האמריקני הרחיב את ההלכה והחיל את סטנדרט הזדון גם על "דמויות ציבוריות" (Public Figures), הנמצאות במרכז תשומת הלב הציבורית, גם אם לא מתוך בחירה חופשית, ראו Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130, 136–137 (1967).

³⁶ למרות שמבחינה מהותית המאמר לא יתמקד בפוליטיקאים, בשל חדשנות התופעה והנפוצות של התחזות אליהם, בחלק מהדוגמאות נערוך שימוש בדוגמאות הקשורות בדמויות פוליטיות.

3. הערה בנוגע למתודולוגיית המאמר

לכסוף נציין כי כדי להמחיש את הצורך בהתקנת כלי משפטי אשר יטפל בבעיה, נשתמש בשלושה מקרי בוחן שילוו את המאמר.³⁷ המקרה הראשון, מצוי עוד בעולם הפיזי ומנותק מהרשתות החברתיות. ראובן הוא משפטן מבריק, שבחר להתחזות לשמעון, סטודנט לתואר שני במשפטים. ראובן חותם בשמו של שמעון על מאמר משפטי שנשלח לפרסום בכתב העת המוביל והנחשב ביותר בעולם.³⁸ המאמר מתפרסם וזוכה בפרסים נחשבים בעולם המשפט. אין ספק כי קרנו של שמעון עלתה באופן משמעותי, ושמו זכה לשדרוג בקרב הקהילה המשפטית.³⁹ עם זאת, נשאלת השאלה – האם אין לשמעון הזכות להשתקף בפני הציבור בצורתו האוטנטית, אף במקרים שדימוי זה הוא לאו דווקא הדימוי האידיאלי.

במקרה השני, המתחזה פותח פרופיל מזויף בשמו ובתמונתו של פרשן במהדורת החדשות הנצפית בישראל. במסגרת החשבון מתפרסמים ציוצים חדשותיים, התואמים את אופי הפרסומים והניתוחים של אותו פרשן במהדורת החדשות, והוא מדווח דיווחי אמת בלבד. בתום כל מהדורה, הצייצן נוטל את פרשנותו, מעבד אותה לכדי מספר ציטוטי מחץ קליטים ושנונים, ומפרסם אותה בשמו של הפרשן המפורסם. כפי שראינו בעמוד הקודם, שימוש זה אינו מופרך, ואחד מהפרופילים אשר זוכים לחשיפה רבה בטוויטר, הוא הפרופיל שמתנהג בצורה שנראית כאופיינית לח"כ משה גפני.

במקרה השלישי, המתחזה פותח פרופיל מזויף בשמו ובתמונתו של "בוגר" טרי של תוכנית ריאליטי המשודרת בטלוויזיה וזוכה לרייטינג גבוה במיוחד. כעת, הציוצים שהמתחזה מפרסם עוסקים בקידום יוזמות חברתיות למען שילוב אוכלוסיות מוחלשות בתעשיית ההייטק הישראלית.

בשלושת המקרים, נפגעת חירותו של מושא ההתחזות, במובן של אי התלות שלו באחר. כשאדם מתחזה לאדם אחר, הוא מכפיף אותו להתנהגות המתחזה ולמטרותיו – המתחזה עושה סחורה בפרתו של חבריו ומשתמש בזהותו של מושא ההתחזות לצרכיו. אנחנו סבורים כי ניתן לקשר זאת לדבריו של ארתור ריפשטיין, אשר כתב כי שימוש בקניינו של אדם אחר, אף כשימוש כזה אינו מייצר "נזק" במובן הריאלי של פגיעה ברכוש, ואף במקרים שהבעלים לא תכנן לעשות שימוש אחר ברכוש בזמן הזה, פוגע

³⁷ בשל ראשוניות הסוגייה, טרם הצטברו פסקי דין אשר דנים בה. על כן, לצורך המחשת הצורך בהסדרה משפטית של הסוגייה, המאמר לווה בהצגה של מספר דוגמאות היפותטיות.

³⁸ לשם הפשטות, נניח כי הרעיון שמובא במאמר מקובל במלואו על ראובן ותואם את השקפת עולמו הערכית והמשפטית. כמו כן, ראובן מעוניין לפרסם מאמרים מתוקף היותו אקדמאי בתחילת דרכו.

³⁹ מאמר זה עוסק בזכותו של שמעון. ייתכן שראובן יוכל לתבוע מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, והמאמר לא יעמיק בכך. ראו דיון באשר ל"שמירה על עניין הזולת", אשר מכונה לעיתים "הרעפה" אצל דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 157-205 (מהדורה שלישית 2015) (להלן: פרידמן ובר-אור).

בקניינו של האדם.⁴⁰ בדומה לכך, גם עוולת "הסגת גבול", למשל, אינה כוללת יסוד של הוכחת נזק, מעבר לכניסה לקניין של אחר.⁴¹ על כן, מאמר זה יטען כי גם התחזות לאדם אחר מקיימת פגיעה דומה, אף מבלי להוכיח נזק מוחשי. לשם בחינה ביקורתית של היכולת של המסגרות הנורמטיביות הקיימות לטפל בתופעה המוצגת במאמר, יש להניח יסודות לדיון. לפיכך, בחלק הבא נסקור בקצרה את הזכות לחופש הביטוי, אשר עשויה להגן על מפעיל החשבון המזויף.

ב. הזכות לחופש הביטוי

כאמור, הזכות לחופש הביטוי, אשר הוכרה "כאחת מחירויות היסוד של האדם בישראל",⁴² עשויה להגן על המתחזה ולאפשר לו להתבטא בחופשיות. כידוע, הזכות נהנית ממעמד בכורה בשיטות המשפט המערביות, על אף שההצדקות למעמד זה מגוונות ומצויות במחלוקת.⁴³ מיוחסות לה שלוש הצדקות מרכזיות. ראשית, חופש הביטוי נגזר מהאוטונומיה של הפרט, מהצורך שלו לתקשר עם זולתו, ומהשאיפה להגשמה עצמית, שמתבטאים בהבעת דעותיו, רגשותיו והידע שבאמתחתו, בפני אחרים.⁴⁴ הואיל ואדם אינו יכול לגבש את דעותיו ואמונותיו אלא באמצעות ביטוי ותקשורת חופשית, שליטה על התקשורת, באמצעות שליטה על הביטוי, שקולה לשליטה במחשבה עצמה.⁴⁵ על פי הצדקה זו, חופש הביטוי הוא ערך כשלעצמו, והוא אינו כלי מכשירי להגשמת ערכים אחרים.

שנית, חופש הביטוי מאפשר לחברה להגיע לחקר האמת.⁴⁶ הואיל ולאף רעיון אין קדימות אובייקטיבית אפריורית על פני רעהו, החיפוש היעיל ביותר אחר האמת מותנה

⁴⁰ Arthur Ripstein, *Beyond the Harm Principle*, 34 PHIL. & PUB. AFF. 215 (2006) (להלן: ריפשטיין).

⁴¹ שם, בעמ' 216; ס' 29 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אמנם העוולה מתגבשת בעצם הפעולה, אך בהערת אגב נעיר כי לטובת קבלת פיצוי נדרש להוכיח נזק ממון.

⁴² ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא פ"ד מג(3) 840, 857 (1989) (להלן: עניין אבנרי). וראו גם פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** ז 375, 379-377 (1976); ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

⁴³ אביחי דורפמן "חופש הביטוי: בין ייצוג לאיבוד" **משפט, חברה ותרבות** – שקט, **מדברים: התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 433, 436 (מיכאל בירנהק עורך 2006) (להלן: דורפמן, "חופש הביטוי").

⁴⁴ ראו למשל בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 273 (1987); אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" **עיוני משפט** כ 377, 380 (1996).

⁴⁵ גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" **משפטים** לא 895, 910 (2001).

⁴⁶ עניין כהנא, לעיל ה"ש 44, בעמ' 272 ("טיעון האחד מבסס עצמו על הרצון לחשוף את האמת. יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים

בשמיעת הרעיונות כולם. לכן, יש ליצור תחרות בין הרעיונות על "אהדת החברה", כך שהשקפה המבוססת והמשכנעת ביותר תנצח במאבק הרעיוני.⁴⁷ זהו רציונל תוצאתני, המתמקד בחברה ולא בפרט, בשונה מההיגיון הראשון. למשל, שימוש בטכניקת הסאטירה נועד לבקר תופעה כלשהי (רעיון, התנהגות, עמדה פוליטית וכו'), באמצעות שימוש ביסודות קומיים, ובכך לעורר שיח סביבה.

שלישית, חופש הביטוי מוביל לזרימה חופשית של מסרים בעלי חשיבות ציבורית בין האזרחים לבין עצמם ובינם לבין נציגיהם.⁴⁸ החלפה חופשית של מידע, דעות והשקפות, תוך ניסיון שכנוע-הדדי, משמשת בסיס לקיום משטר דמוקרטי.⁴⁹ זהו רציונל הליכי, כמו ההיגיון הראשון, שאינו מתמקד בתוצאה. עצם ריבוי הדעות משמש בסיס לשיטת המשטר הדמוקרטי. בשל כך, תכלית ההגנה על חופש הביטוי, מנקודת המבט של רציונל זה, היא קידום ערך הסובלנות. ההגנה על חופש ביטוי של קבוצות מיעוט מחנכת את קבוצת הרוב להכיר, ואולי אף לכבד, דעות ותפיסות עולם שונות משלהם. הסובלנות נתפסת אף היא כאבן יסוד של השיטה הדמוקרטית.⁵⁰

ברקע הדברים נציין כי המשפט הישראלי, כמו שיטות משפט מערביות אחרות, אינו בוחר להעלות על נס אחת מההצדקות, תוך דחייה של ההצדקות האחרות. על כן, הן משמשות בערבוביה בשאלות של חופש ביטוי בפסיקת בתי המשפט בישראל.⁵¹

להתחרות אלו באלו. מתחרות זו – ולא מהכתבה שלטונית של 'אמת אחת ויחידה – תצוף ותעלה האמת, שכן סופה של האמת לנצח במאבק הרעיוני.'; דיין-אורבך, לעיל ה"ש 44, בעמ' 379-380; פסח, לעיל ה"ש 45; CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 139 (להלן: סנשטיין). (1995)

⁴⁷ תיאוריה זו, המכונה "שוק הרעיונות", מיוחסת להוגה הדעות ג'ון סיוארט מיל, ראו JOHN STUART MILL, ON LIBERTY ch. 2 (1859); ולחידרתה אל עולם המשפט תרמה יותר מכול דעת המיעוט שכתב השופט הולמס בפסק הדין בעניין, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

⁴⁸ סנשטיין, לעיל ה"ש 46, בעמ' 19.
⁴⁹ ראו ע"פ 255/68 **מדינת ישראל נ' בן משה**, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968) ("המשמעות העולה מכל האימרות הללו היא איפוא, שכל פעולה שנעשתה שלא במסגרת החוק ואשר כוונה לפגוע בחופש הביטוי של הזולת – ופעולה אלימה כל שכן – כמוה כפגיעה בציפור נפשה של הדמוקרטיה").

⁵⁰ KENT; Lee C. Bolinger, *Free Speech and Intellectual Values*, 92 YALE L. J. 438 (1983); GREENWALT, SPEECH, CRIME, AND THE USES OF LANGUAGE 29 (1989); אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" **הפרקליט** 5, 9 (1991). ישנם מלומדים אשר מוצאים גם הצדקה רביעית, אשר מתקשרת באופן ישיר להצדקה השלישית. לשיטתם, חופש הביטוי הוא הכלי המרכזי שבאמצעותו הפרטים בחברה נוטלים חלק של ממש בעיצוב חייהם המשותפים. באמצעות ההשתתפות הפעילה של חברי הקהילה, מגיעים לידי גיבוש ועיצוב מוסכמים של רצון הכללי. בעוד ההצדקה השלישית מתמקדת בביקורת על נציגי השלטון, ההצדקה הרביעית מרחיבה את אופן ההשתתפות הפוליטית של החברה. להרחבה ראו דורפמן "חופש הביטוי", לעיל ה"ש 43, בעמ' 439-440 והמקורות אליהם הוא מפנה.

⁵¹ ראו דיין-אורבך, לעיל ה"ש 44, בעמ' 384-391; וכן דורפמן, "חופש הביטוי", לעיל ה"ש 43, בה"ש 28.

מהצד השני, ראוי להפנות זרקור לנקודה נוספת באשר לאפשרות להתחזות בהקשר של הזכות לחופש הביטוי. במעשה ההתחזות לאדם אחר, מתממש ההיבט ההפוך של חופש הביטוי. החופש להתבטא משמעו לבחור גם שלא להתבטא בנושאים מסוימים, ובפלטפורמות מסוימות. אם נחזור למקרה הבוחר השני, הפרשן המפורסם בחר שלא לפרסם את הגיגיו ברשתות החברתיות. בא המתחזה, וכופה עליו להתבטא במסגרת זו.⁵² כעת, נסקור את המסגרות הנורמטיביות הקיימות, ונבחן האם בכוחן לספק מזור משפטי למושא ההתחזות.

ג. המסגרות הנורמטיביות הקיימות

1. הזכות לשם טוב

זכות הבת לשם טוב נגזרת מזכות האדם לכבוד, והיא מתבטאת בהערכה החברתית שלה הוא זוכה מסביבתו. הערכה זו היא חלק בלתי נפרד מהקיום האנושי והערך החוקתי של כבוד האדם.⁵³ כבר במקורותינו נאמר ש"טוב שם טוב משמן טוב",⁵⁴ "מוות וחיים ביד לשון"⁵⁵ ואף "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים".⁵⁶ שמו הטוב של האדם ממלא מקום מרכזי בחייו, והוא עשוי להיות יקר מכל נכס אחר. הוא אף עשוי להיחשב בעבורו כמו החיים עצמם.⁵⁷ הואיל ולמוניטין של אדם יש ערך רב בעולמנו, ניתן לראות בזכות לשם טוב תנאי הכרחי להגשמת האוטונומיה האישית ולמיצוי יכולות האדם.⁵⁸ שכן פגיעה בשמו הטוב עלולה אף לגרום ל"פגיעה נגדרת" בזכויות נוספות. כך, פגיעה במוניטין של אדם, עלולה להרחיק ממנו לקוחות ושותפים עסקיים, ובכך עלולות להיפגע זכותו לקניין

⁵² ראו למשל Woolly v. Maynard, 320 U.S. 705, 714 (1977).

⁵³ אייל כתבן ובוועז שנור "בין תרבות הדיון ובין השם הטוב של האדם: בעקבות רע"א 1104/07 חיר נ' גיל" המשפט טו 71, 77 (2010); ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פס' 10 (נבו 12.12.2006).

⁵⁴ קהלת ז' 1.

⁵⁵ משלי יח 21.

⁵⁶ בבלי, בבא מציעא נח, ע"ב.

⁵⁷ עניין אבנרי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 856 ("כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעתים לאדם כחיים עצמם. הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר. בתודעתנו החברתית, תפס שמו הטוב של אדם מקום מרכזי"); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832 (1999) ("אכן, הזכות לשם הטוב של האדם היא ערך יסודי בכל משטר דמוקרטי. היא תנאי חיוני לחברה שוחרת חירות. היא מבוססת בין השאר על הצורך בהערכה פנימית, בגאווה אישית ובהכרה אישית בין בני-אדם").

⁵⁸ ראו רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 12.11.2006).

וזכותו לחופש העיסוק. לכן, רבים מחשיבים את הזכות לשמו הטוב של אדם כנכס קנייני, הנרכש לעיתים בעמל רב ולאורך זמן.⁵⁹ בחוק איסור לשון הרע הוכרו פרסומים כגון דא כעוולה אזרחית.⁶⁰ לשם כך, יש לבחון האם מתמלאים יסודותיה: פרסום אשר משפיל את האדם בעיני הבריות, מבזהו בשל מעשיו, או פוגע במשלה ידו.⁶¹ בעניין סלע, בית המשפט פסק פיצויים בגין לשון הרע, לאדם שהשתמשו בתמונתו ללא אישורו באופן כוזב (הוצג כרופא, שרשום באתר היכריות, על אף ששני התיאורים שקריים), לטובת הפקה של סרטון סאטירי.⁶² בית המשפט ציין שאמנם שמו של התובע אינו מופיע בסרטון, אך אדם שמכיר את התובע, עלול להבחין בדמותו ולחשווד בו שהתחזה לרופא.⁶³ כלומר, פרסום התמונה בהקשר האמור, אף ללא הוספת מלל מכפיש, מספיק כדי שתתקיים עילת תביעה בגין לשון הרע. יתרה מזו, בית המשפט ייחס משקל משמעותי לשמו הטוב של האדם כשקבע שכל פרסום דיבתי, הכולל פרט מזהה של האדם, מהווה לשון הרע.⁶⁴ גם בעניין קמפיין שוקה נקבע שפרסום הומוריסטי אינו מוגן הרמטית מפני תביעת לשון הרע, ומאפיין זה אף עלול להגביר את הפגיעה.⁶⁵

בפסק דין מכונן בארצות הברית, בית המשפט העליון קבע, כי פרסום של ראיון בדיוני-הומוריסטי עם כומר במגזין הפורנוגרפי Hustler, אינו נחשב להוצאת דיבה, משום שאף אדם סביר לא יאמין שהריאיון אותנטי.⁶⁶ דהיינו, הבחינה האם ההגנה של

⁵⁹ ראו ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2004) (להלן עניין הרציקוביץ'); סודי נבות "חופש הביטוי של חבר כנסת והזכות לשם טוב" משפטים מ 67, 83 (2011).

⁶⁰ ס' 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

⁶¹ ס' 1 לחוק איסור לשון הרע.

⁶² ת"א (שלום ב"ש) 33090-11-18 סלע נ' כאן - תאגיד השידור כאן (נבו 26.3.2020) (להלן: עניין סלע).

⁶³ שם, בפס' 19-23.

⁶⁴ דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014). בפרשה זו, שזכתה לכינוי פרשת סרן ר', בית המשפט העליון דחה את תביעת לשון הרע של מפקד בצבא שתבע את תכנית "עובדה" בשל תחקיר שפגע בשמו הטוב. יודגש כי העובדה ששמו המלא או תמונתו לא פורסמו, אלא רק האות הראשונה של שמו, לא מנעה מבית המשפט לדון במקרה.

⁶⁵ ע"א 3322/16 איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, פס' 26 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 8.6.2016) (להלן: עניין קמפיין שוקה) ("הומור אינו חוסם בהכרח את משמעות המסרים או מרסן את פגיעתם. אף מקובלת עלי ההנחה כי בנסיבות מסוימות ובהקשרים מסוימים, הומור עלול להגביר את הפגיעה. עם זאת, איני מקבל את העמדה העולה מהסיפא של הדברים, ולפיה השימוש בהומור מגביר בהכרח את הפגיעה [...]) לא 'הומור' המייחס לבני גזע מסוים או דת מסוימת תכונות נחותות או בויות [...]) כהומור המגחך בעלי מקצוע מסוים (כגון ציבור נהגי המוניות (יבנות זוגם) – ולנגד עיניו של הקורא צפות ועולות דמויותיהם של 'אשר' ורעייתו 'חני' מתוכנית הבידור הפופולארית 'ארץ נהדרת')."

⁶⁶ Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46, 108 S. Ct. 876 (1988).

חופש הביטוי מגנה מפני תביעת לשון הרע, תיעשה לפי "הקורא הסביר" או "המאזין הסביר".

יודגש, כי עד כה, בחינת פוסטים מחשבונות שאינם אותנטיים נעשתה על ידי בתי המשפט בארצות הברית במישור המדינתי בלבד, ועל כן לא קיים מבחן אחיד במשפט האמריקני, והוא עשוי להשתנות ממדינה למדינה. כך למשל, בפסק דין נודע של בית המשפט לערעורים במדינת מישיגן נקבע שפתיחת חשבון טוויטר מתחזה, היא בגדר "לשון הרע" רק כאשר היא פוגעת במוניטין של הפרט, או מרתיעה אנשים מלהתקשר עימו.⁶⁷ זאת, משום שכל הצהרה שאינה יכולה להתפרש כעובדה, מוגנת לפי התיקון הראשון לחוקה, שענייננו חופש הביטוי. תחת הגדרה זו חוסים סאטירות, פארודיות וסרטים מצוירים.⁶⁸ באותו מקרה, הציוצים של הנתבע נכתבו כסאטירה ולא ניתן לטעות ולפרש באופן סביר שהם נכתבו על ידי התובע.⁶⁹ בנוסף, שמו של החשבון רמז שאין מדובר בגרסה אותנטית (התיימר להציג גרסה "עדכנית ומשופרת" של התובע, "גרסה 2.0"). יתרה מזו, באותו מקרה, אף צוין במפורש, הן בדף הפרופיל והן במספר פרסומים של המשתמש, שמדובר בסאטירה. בנוסף, בפסק דין אחר שניתן במדינת פנסילבניה נקבע, שתמונת פרופיל לא מחמיאה, מעידה שמדובר בסאטירה, ולכן אינה מבזה.⁷⁰

כדי להדגים מדוע ההצדקות לעיל אינן מתאימות לעיסוק כולל בסוגיה, נשוב ונשתמש במקרי הבוחן שהוצגו לעיל. נזכיר בקצרה כי במקרה הראשון, פורסם מאמר פורץ דרך בשמו של ראובן הסטודנט. במקרה השני, המתחזה פותח פרופיל מזויף בשמו ובתמונתו של פרשן חדשות מוכר, שבו מתפרסמים ציוצים חדשתיים, התואמים את אופי הפרסומים והניתוחים של הפרשן במהדורה המרכזית. ובמקרה השלישי, מתחזה לבוגר תוכנית הריאליטי קידם בשמו יוזמות חברתיות.

מהניתוח לעיל עולה שההיגיון העומד בבסיס חוק איסור לשון הרע הוא איזון בין שתי זכויות – הזכות לחופש הביטוי והזכות לשם טוב. עם זאת, בשלושת מקרי הבוחן אין כל פגיעה בשמו הטוב של מושא ההתחזות. במקרה הראשון, שמו של הסטודנט שודרג וקרנו עלתה בקרב מכריו ובקרב הקהילה המשפטית. במקרה השני מדובר בדברים שמושא ההתחזות אמר בעצמו, והם עובדו לכדי ציוץ כתוב. ובמקרה השלישי, מדובר בפרסומים אשר מצויים בלב הקונצנזוס ולא נראה שיש בהם כדי לבזות או להשפיל את מושא ההתחזות. גם אין בהם כדי לפגוע בפרנסתו. על כן, שלושת הפרסומים אינם עומדים בתנאי סעיף 1 לחוק, כדי להיחשב "לשון הרע".

בהקשר זה, נציין כי בעניין סלע, אשר הובא לעיל, נפסקו פיצויים לאדם שהשתמשו בתמונתו ללא אישור. עם זאת, השימוש עלה כדי "לשון הרע", כיוון שהוא הוצג כרופא

⁶⁷ Levitt v. Felton, No. 326362, 2016 Mich. App. LEXIS 1006 (Ct. App. May 19, 2016)

⁶⁸ שם, בעמ' 6-7 לפסק הדין.

⁶⁹ התובע הוא עורך דין ומרצה במכללה, והציוצים המצוטטים כוללים לעג וביזוי של מקצוע המשפטים, וכן של מעמדו של התובע כעורך דין ומרצה.

⁷⁰ התמונה הייתה של מושא הסאטירה, שותה מבקבוק אלכוהול; O'Donnell v. Knott, 283 F. Supp. 3d 286, 292 (E.D. Pa. 2017).

וככזה הרשום באתר היכריות, בעוד ששני התיאורים אינם נכונים.⁷¹ גם במקרים אחרים, נתבעים חויבו בתשלום פיצויים מכוח הוצאת לשון הרע בשל פרסום תמונה בשל נסיבות פרסומה ולא בשל עצם פרסומה.⁷² מכאן אנחנו מסיקים שעצם השימוש בתמונה של אחר אינו עולה כדי "לשון הרע" והוא אינו מזכה בסעד נזיקי מכוח חוק זה.

נציין כי חלק ניכר מהפרופילים המזויפים יכללו תחת הגדרת "לשון הרע", שכן מטרתם סאטירית, וכתוצר לוואי פרסומיהם שמים ללעג ולבוז את מושא ההתחזות. בכך הם ייכנסו לגדר החוק והם יוכלו לתבוע את הסעדים שפורטו לעיל. במקרים אלה, בית המשפט יידרש לאזן בין שתי הזכויות המנוגדות, כפי שהוא רגיל לאזן ביחס לפרסומים אחרים העולים כדי לשון הרע. בהמשך המאמר נתייחס למבחנים אשר יסייעו לבית המשפט ליצור איזון זה.

אם כן, לאור תכליות העולה כפי שהן נסקרו, ויישומן בדין הישראלי, החוק מתאים לעסוק אך ורק בפרופילים אשר מבזים ומשפילים את מושא ההתחזות. עם זאת, החוק אינו מכסה כלל פרופילים רבים אשר מתחזים לאדם ו"מכניסים לו מילים לפה", במקרה שמילים אלה אינן שמות אותו ללעג בעיני הבריות. דהיינו, הדין הקיים אינו מספק מענה לפגיעה בחירות של האדם, וכן באוטונומיה שלו לכתוב את סיפור חייו.

2. הזכות לפרטיות והזכות לפרסום

זכותו של אדם לפרטיות, עוסקת בזכותו של אדם למרחב פרטי פיזי או וירטואלי, הנתון לשליטתו. לידת הזכות המשפטית לפרטיות מיוחסת למאמר המפורסם של וורן וברנדייס.⁷³ השניים טענו כי הזכות לפרטיות הייתה קיימת בענפי משפט שונים, עוד לפני שהיא הובחנה מהם: למשל, הם טענו שהזכות של יוצר לשלוט במועד ובדרך הפרסום של יצירה שלו חוסה לא רק תחת הגנה קניינית, אלא האינטרס הוא גם אישיות האדם ושלמות האופי שלו (inviolable personality). לשיטתם, זוהי נגזרת של זכותו לפרטיות.⁷⁴ אם כן, כפי שמכאל בירנהק מסביר, השניים השתמשו ב"טענה מושגית" - הם עיינו במושגים משפטיים קיימים, זיהו בתוכם אזור חפיפה בין מספר זכויות, והגדירו אותו כזכות משפטית חדשה - הזכות לפרטיות. מסגרות משפטיות נוספות

⁷¹ עניין סלע, לעיל ה"ש 62, בפס' 19, 20 ו-27.

⁷² ראו למשל ע"א (מחוז ת"א) 3645/07 קוובר נ' חדשות 10 בע"מ, פס' 12-15 (נבו 12.5.2009); תא"מ (שלום קריות) 1831-07-15 תורג'מן נ' רוזן, פס' 15-16 (נבו 22.10.2017); ת"א (שלום ת"א) 19394-01-12 בן סערון נ' מעריב - הוצאת מודיעין בע"מ, פס' 52 ו-55 (נבו 3.1.2017).

⁷³ Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV 193 (1890).

⁷⁴ ראו ניתוח של מאמרם אצל מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 57-58 (2011).

שבהן הם איתרו את הזכות, הן האיסור לכפות אדם להתבטא, חוזה מכללא שאוסר פרסום מידע, חובת נאמנות ודיני סודות מסחר.⁷⁵ לאחר הצגתה של גישה זו, הוצעו מספר גישות נוספות להגדרת הזכות לפרטיות.⁷⁶ לצורך מאמר זה נבקש להרחיב ביחס לגישה המכונה "הפרטיות כשליטה" – שליטה של אדם בעצמו ובעיקר במידע על אודותיו. ההוגה הבולט שפיתח את הגישה הוא אלן וסטין, שקישר את השליטה המלאה והבלעדית של המידע על אודות האדם, לזכות לאוטונומיה ולכבוד האדם.⁷⁷ לשיתו, שליטה של אחר במידע על אודות אדם, שקולה לשליטה של האחר באדם עצמו. כאשר המידע אשר מצוי ברשות האחר משמש לשם סיווג לקבוצות אוכלוסייה מסוימת – האוטונומיה של האדם להחליט בעבור עצמו נפגעת. האדם שאינו שולט במידע אינו אדון לעצמו – הוא מתויג בלי להישאל, מבלי יכולת להשפיע על הסיווג וללא יכולת לערער עליו.⁷⁸ לפי שיטה זו הדגש הוא על כל הפעולות הקשורות במידע על האדם – החל מאיסופו; המשך בהעברתו לצדדים שלישיים, שמירתו, עיבודו, הצלבתו וניתוחו; וכלה בקבלת החלטות על בסיס המידע. כאשר להצדקותיה של הזכות, חרף העובדה שהיא מעוגנת במישור החוקתי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כזכות עצמאית,⁷⁹ ההצדקה הראשונה לה, רואה בה זכות בת הנגזרת מכבוד האדם. כפי שאורית קמיר מסבירה, מאחר שכל אדם הוא ישות נפרדת בעלת כבוד במובן הסגולי, התערבות חיצונית בחייו פוגעת בכבודו. הפרטיות מאפשרת הגנה עצמית של המרחב האוטונומי, והיא מאפשרת שליטה של אדם בחייו, ובכך לממש את האוטונומיה שלו.⁸⁰

⁷⁵ שם, בעמ' 60-61. לדברי בירנהק, דרך המשגה זו הולמת את תקופת הפורמליזם המשפטי, שכן היא אינה מצריכה הצדקות חיצוניות והידרשות למקורות ראשוניים. בעיניהם, הצורך בשיום הזכות נבע משינויים טכנולוגיים וחברתיים, ובהתאמה הצורך של אדם במרחב פרטי, אך הם לא ניסו לבסס הצדקה מעבר לכך.

⁷⁶ לסקירת הגישות, ראו שם, בעמ' 57-88. בין היתר: סיווג תיאורי-אמפירי לפי תחומי פעילותה של הזכות (מבלי התעמקות בהצדקה נורמטיבית). ראו למשל William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960); עמדת "הפרטיות כגישה" שהגתה רות גביוון (אשר מתמקדת בשלושה מצבים: מידע על אודות האדם, תשומת לב אליו וגישה פיזית אליו). ראו רות גביוון "הזכות לפרטיות ולכבוד זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61 (רות גביוון עורכת 1989); גישת הטקסונומיה שהגה דניאל סולוב (אשר מתמקדת ב-16 מצבים של פרטיות). ראו DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 8 (2008); ו"פרטיות הקשרית" שהגתה הלן ניסנבאום (אשר נמנעת בכוונה מהגדרת מצבי הפרטיות, ומותירה אותם פתוחים, במטרה לאפשר התאמה ונמישות. לשיטתה פגיעה בפרטיות מתרחשת כאשר "מופרות נורמות מידע בדבר ורימת מידע"). ראו HELLEN NISSENBAUM, *PRIVACY IN CONTEXT: TECHNOLOGY, POLICY, AND THE INTEGRITY OF SOCIAL LIFE* 127 (2010).

⁷⁷ ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 7-10 (1967).

⁷⁸ ראו גם בירנהק, לעיל ה"ש 74, בעמ' 89-91.

⁷⁹ ס' 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁸⁰ Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 NYUL. REV. 962 (1964); ראו דיון מפורט אצל בירנהק, לעיל ה"ש 74, בעמ' 115-116; אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** 19-27 (2005).

לצד הצדקה זו הועלו הצדקות אחרות,⁸¹ אך לטובת ענייננו נאיר זרקור על ההצדקה שמהותה הצורך האנושי באינדיווידואליות, שמצטרפת לצורך לעיל, ומהותו שליטה בדימוי החיצוני של האדם. לפי היבט זה של הזכות, אשר ג'פרי רוזן דימה לזכות להימנע מלהיות "מוצא מההקשר": בני האדם הם אנשים שכוללים רבדים רבים, ואין לערוך רדוקציה שלהם לפרט אחד ויחיד, תוך הוצאתו מההקשר הכולל. דהיינו, הזכות מאפשרת לפרט לשלוט בפריטי המידע על אודותיו אשר מתפרסמים ויוצאים לרבים.⁸² בהקשר זה, מעניין לציין שמיכאל בירנהק הדגיש כי: "אין הכוונה כאן למקרים קיצוניים של מי שעסוקים באובססיביות בדימוי העצמי שלהם, או של ידוענים או פוליטיקאים שפרנסתם תלויה בדימוים הציבורי, אלא באדם הפשוט. לרובנו חשוב במידה רבה מה אחרים חושבים עלינו, לפחות חלק מהזמן".⁸³

גם השופט (כתוארו אז) גרוניס כתב כי לזכות יש שני פנים, אך חילק אותם באופן מעט שונה: הפן הראשון מקורו בכבוד האדם, והוא "זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שהוא חפץ בו בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ [...] אין להגביל אמירה זו להיבט הפיזי של הבית. יש להבינה בצורה רחבה יותר, באופן מטאפורי, ברוח הביטוי שטבעו וורן וברנדייס 'The right to be let alone'". הפן השני (אשר מהווה הצדקה שלישית לזכות) עוסק בחשש מפני כוחה העודף של המדינה, שתרכז בידיה מידע רב לגבי אזרחים ותושבים ותעשה בו שימוש לרעה.⁸⁴ בעניין פלוניט בית המשפט הבהיר שהמרחב שסביב האדם אינו רק פיזי, אלא גם וירטואלי – הפרטיות אינה של מקומות, אלא של אנשים.⁸⁵

יצוין כי בדומה לשיטות משפט אחרות,⁸⁶ החוק הישראלי מגדיר את תחומי הזכות על דרך השלילה, דהיינו באמצעות מצבים שפוגעים בפרטיות. סעיף 7 לחוק-יסוד:

81 וביניהן הצורך במרחב אישי, שבו האדם יוכל להיות לבד, בין אם בהיבט הפיזי ובין אם בהיבט הווירטואלי. מרחב זה מאפשר ניתוק מהסביבה שמאפשר לאדם לנסות ולהתנסות, להכיר את עצמו לעומק, לטעות וללמוד; מעין "ארגז חול פרטי" שמאפשר התפתחות. צורך זה מקבל ביטוי בהגדרתם של וורן וברנדייס בדבר הזכות להיעזב במנוחה. הצדקה נוספת עוסקת בצורך במגן מפני מבט זר אשר גורר שינוי בהתנהגות של הפרט, לעומת החופש לפעול כרצונו כאשר הוא יודע שלא צופים בו. בירנהק, לעיל ה"ש 74, בפרק ד'.

82 JEFFREY ROSEN, THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA (2001), 29.

83 בירנהק, לעיל ה"ש 74, בעמ' 118-119.

84 בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נח(4) 842, פס' 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח).

85 בג"ץ 6650/04 פלוניט נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, פ"ד סא(1) 581, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); אלי הלם דיני הגנת הפרטיות 85 (2003) ("הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם ולא של המקום"); בירנהק, לעיל ה"ש 74, בעמ' 112.

86 להרחבה על הזכות, ראו את ספרה של Rothman שסוקר את מקורות הזכות ואת אופן קליטתה במשפט האמריקני: JENNIFER ROTHMAN, THE RIGHT OF PUBLICITY: PRIVACY REIMAGINED FOR A PUBLIC WORLD (2018). כמו כן, בארה"ב החקיקה הרלוונטית מצויה

כבוד האדם וחירותו קובע כי כל אדם זכאי לצנעת חיים.⁸⁷ בעניין **אלוניאל נרון**, בין היתר, הסעיף הרלוונטי לענייננו בחוק להגנת הפרטיות – סעיף 2(6), האוסר על שימוש בכינוי או בשמו של אדם אחר לשם עשיית רווח.⁸⁸ פסק הדין עסק בתביעה של שחקן כדורסל ידוע נגד חברת "אלוניאל", יבואנית רשת המזון המהיר "מקדונלד'ס" בישראל. הפרשה החלה כשהשחקן השתתף בפרסומת של יבואנית חברת "ברגר קינג" בישראל, המתחרה המרכזית של מקדונלד'ס. בתגובה, הפיקה חברת מקדונלד'ס פרסומת מתחרה, תוך שימוש בשמו של השחקן. כפי שניתן לראות, פסק הדין לא עסק בהתחזות, שבה עוסק מאמר זה, אך מדובר בפסק דין חשוב בהקשר של גבולות ההגנה על שמו של אדם.⁸⁹

בפסק הדין הפנה המשנה לנשיאה ריבלין למאמרו הקלאסי של ויליאם פרוסר,⁹⁰ לפיו שורשיה של ההגנה על זכותו של האדם לשלוט בשימוש המסחרי הנעשה בשמו, נטועים בהגנה על הפרטיות. אלא שהיבט זה של הגנת הפרטיות שונה מהיבטים אחרים של הזכות לפרטיות, בהינתן שלא מוגן כאן אינטרס נפשי, אלא אינטרס קנייני. השופט ריבלין קבע כי שוני זה מונע את הגדרת **הזכות לפרסום** כחלק מהזכות לפרטיות, שכן "האינטרסים ששתי הזכויות נועדו להגן עליהם הם שונים". בפועל, האינטרסים הפוכים לחלוטין – בעוד הזכות לפרטיות היא "הזכות להיעזב לנפשך", "הדבר האחרון שבו חפץ הידוען המבקש שתוגן זכותו לפרסום, הוא שיעזב לנפשו".⁹¹ על כן, הוא

במישור המדינתי ולא הפדרלי, ראו Cal. Civ. Code § ; N.Y. Civ. Rights Law § 50 ; Mass. Gen. Laws ch. 214, § 3A ; 3344(a) בקנדה הקולוניות הבריטיות חוקקו גם הן חקיקה שמגנה על פרטיות פרטיו של האדם, ראו British Columbia: Privacy Act, RSBC ; Newfoundland: Privacy Act, ; Manitoba: The Privacy Act, CCSM c P125 ; 1996, c 373 ; Saskatchewan: The Privacy Act, RSS 1978, c P-24 ; RSNL 1990, c P-22

בהקשר זה יוזכר כי רבים מתייחסים לשמו של אדם כאל נכס קנייני, וראו עניין **הרציקוביץ'**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 573.⁸⁷

ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314 (2004) (להלן: עניין **אלוניאל**); ס' 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.⁸⁸

זאת על אף שנכתב בהחלטה שדחתה בקשה לקיום דיון נוסף בעניין כי ההלכה "קשורה בטבורה בעובדות המקרה ומגבילה עצמה למקרים הדומים (יחסית) למקרה שהכריע בו". ראו דנ"א 4813/04 **מקדונלד נ' אלוניאל בע"מ**, פס" 16 (נבו 29.11.2004).⁸⁹

William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960).⁹⁰

עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 88, בפס" 31-32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין. הזכות לפרסום נולדה באנגליה במהלך המאה ה-19 ונקלטה לארצות הברית בשנות ה-50 של המאה הקודמת בפסק דין, *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953). כמו כן, ראו את המאמר של נימר, אשר המשיג זכות טבעית של אדם לקצור את פירות עבודתו. ראו *Melville B. Nimmer, The Right of* (1954) 203, 216 *Publicity*, 19 L. & CONTEMP. PROBS. בעניין *Zacchini*, בית המשפט העליון האמריקני דן בנושא הזכות לפרסום בפעם הראשונה, ועד כה גם היחידה. בית המשפט העליון הוסיף על תאוריית הגמול גם את הרציונל התמריצי כבסיס לזכות לפרסום. ראו 433 U.S. 562, 576, 97 S. Ct. ("Of course, Ohio's decision to protect petitioner's right of publicity" (1977) 2849, 2858).⁹¹

הבהיר שחוק הגנת הפרטיות אינו המסגרת הנורמטיבית המתאימה לעסוק בנושא. זאת, מאחר שהחוק עוסק בהגנת הפרטיות, כזכות הנגזרת מכבוד האדם. מנגד, השחקן מקדונלד תבע את זכותו הכלכלית בגין השימוש בשמו, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט⁹² – לדברי השופט, לשחקן לא הייתה בעיה בעצם השימוש בשמו, והא ראייה שהוא השתתף בפרסומות אחרות – הוא אך רצה לקבל תשלום בעבור שימוש זה.⁹³ דברים דומים נאמרו בפסק הדין בעניין **דוד הכי טוב**, שעסק בשימוש בפרסומת לחברת ביטוח, בשמו של אמן מוסיקלי שהשתמש בשם הבמה "דוד הכי טוב".⁹⁴ אם כן, מן המקובץ עולה כי בית המשפט מדגיש את היסוד האישי שיש בזכות **לפרטיות**: הפרטיות מגנה על הנזק הנפשי, ולא על הנזק הכלכלי. ההגנה על הפרטיות עניינה בצנעת חייו של הפרט, ובפגיעה ברגשותיו שהוא חווה כשמופרת האינטימיות של חייו. גם בהצעת החוק המקורית, הוסבר הצורך בחוק בכך שהפרט מוצא עצמו

here rests on more than a desire to compensate the performer for the time and effort invested in his act ... the protection provides an economic incentive for him to make the (investment required to produce a performance of interest to the public"

⁹² טלי שפרבר כתבה כי המקור היחיד בדין הישראלי היכול להכיל את הזכות לפרסום הוא דיני עשיית עושר ולא במשפט, ענף משפטי עצמאי, אשר שולל התעשרות לא מוצדקת של אדם על חשבון חברו. ראו טלי שפרבר "זכות הפרסום: הארות והערות לפרשת מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ משפטים לג 693, 713-714 (2003) ("במצב המשפטי דהיום במדינת ישראל, זו העילה היחידה הראויה לפגיעה בזכות הפרסום [...] אולם, מאחר שעילה זו הינה עילת סל, הרי היא חסרת ממדים לבחינת הזכות, כגון היקף הזכות (איהו מאפיינים ייחודיים של האדם ייכללו בזכות – שם, תמונה, קול ואולי מאפיינים נוספים) ותחולת הזכות (על מי חלה הזכות – ידוענים בלבד או שמא גם אנשים פרטיים?)". להרחבה על אודות ענף משפטי זה, ראו פרידמן ובר-אור, לעיל ה"ש 39, בעמ' 23-26. כמו כן, ראו להלן דיון בעמ' 30.

⁹³ השופט אף ציין כי אף לו הזכות הכלכלית דנן הייתה מעוגנת בחוק, הסעד שהחוק מאפשר, אינו מגן עליה כראוי: החוק מאפשר תביעה בגין עוגמת הנפש הכרוכה בשימוש, אך השימוש המסחרי בשמו של השחקן הסב לו נזק כלכלי בלבד. בנוסף, ציין השופט שהזכות לפרטיות מתוקף היותה זכות אישית, היא זכות שאינה עבירה. זו, להבדיל מהזכות המסחרית, שהיא מעצם טיבה עבירה – ניתן לאפשר לצד ג' להשתמש בשם שלי, בעבור רישיון או הסכם. מובן שגם אותה צד ג' זכאי להגנה על הזכות שרכש (הגנה שמאפשרת לשמור על ערך השוק של הזכות של מושא ההתחזות). עניין אלוניאל, לעיל ה"ש 88, בפס' 33.

⁹⁴ ת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 **דבש נ' אדלר** (נבו 7.11.2006). לטענת התובע, הדמות בפרסומת התבססה על דמותו. הוא תבע הן מכוח הזכות לפרסום שהותוותה בפסק הדין בעניין **אלוניאל**, והן מכוח הזכות לפרטיות (לצד עילות נוספות שאינן מענייננו כעת). כאשר לזכות לפרטיות, נכתב כי: "לאור האבחנה הברורה אשר נעשתה בהלכת מקדונלד (הכוונה לעניין **אלוניאל** – י.ב, ד.ב) בין הזכות לפרטיות ובין הזכות לפרסום, ראוי לה, לזכות הפרטיות, להישאר בדל"ת אמותיה ולזכות את הנפגע בסעד כלשהו, רק כאשר באמת מדובר בשמירה על פרטיותו של הנפגע – ברצונו להיעזב לנפשו". שם, בעמ' 71. ראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 8206/06 **סרן ר' נ' דיין** 94 (נבו 7.12.2009).

חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם, והוא חש שענייניו האישיים האינטימיים ייהפכו – ללא הצדקה – לנחלת הציבור.⁹⁵

כדי להמחיש זאת, ציין בית המשפט כי תהיינה פעמים שבהן ידוענים יוכלו לתבוע סעד בגין התחזות מכוח סעיף 2(6). כך במקרים שמדובר בידוענים המתמחים בתחום מסוים, אך מתנגדים באופן עקרוני לשימוש מסחרי בשמם – תהא התמורה אשר תהא. אותו ידוען אכן רוצה "להיעזב לנפשו" ככל שמדובר בפרסום מסחרי.⁹⁶ לפי החוק הישראלי, על מנת ששימוש בשמו, בכינויו, בתמונתו או בקולו של אדם ללא רשותו, ייחשב פגיעה בפרטיותו, יש להוכיח שהשימוש נועד להניב רווח כלכלי למשתמש.⁹⁷ יש בכך משום איזון בין הזכות לפרטיות אל מול הזכות לחופש הביטוי, ומתן משמעות לחולשה הנורמטיבית של חופש הביטוי המסחרי אל מול הזכות לפרטיות.

להשלמת התמונה באשר לזכות לפרסום, נציין כי לאחר שהוכרה בדין האמריקני,⁹⁸ היא הורחבה מספר פעמים על ידי בתי המשפט, ובייחוד בבית המשפט הפדרלי של מדינת קליפורניה. בעניין Motschenbacher,⁹⁹ נהג מרוצים מקצועי תבע חברת טבק שהשתמשה בתמונה מרוחקת, שהציגה אותו יושב במכונית המרוץ שלו, מבלי שניתן לזהות את תווי פניו. עם זאת, הואיל ומדובר במכונית המזוהה עימו, ניתן להסיק שהוא הנהג היושב בה. בית המשפט פסק שנפגעה זכותו לפרסום, כיוון שחלק מהאנשים שצפו בפרסומת הסיקו שמכיוון שמדובר במכונית שלו, מושא ההתחזות "מאשר" את המוצר.

עניין Midler,¹⁰⁰ עסק בתשדיר פרסומת של חברת המכוניות "פורד", שבו זמרת חיקתה את קולה של הזמרת המפורסמת בת' מיידלר, וביצעה שיר של האחרונה. בית המשפט הרחיב את התקדים שנקבע בעניין Motschenbacher, וקבע כי על אף שהידוענית

⁹⁵ הצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ם-1980, בעמ' 206. נעיר כי אף בפסקי דין אחרים הודגש יסוד דומה, וכך נכתב בעניין **ועקנין**: "מעשה [...] עלול להדיר אדם משלוותו, מהרגשת הביטחון האישי שלו ומתחושתו, כי הוא יכול לנהל את חייו לעצמו, בלי שענייניו הפרטיים הופכים לתצוגה לאחרים". ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין**, פ"ד מב(3) 851, 837 (1988).

⁹⁶ ראו Onassis v. Christian Dior – New York, Inc. (1984); עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 88, בפס' 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין.

⁹⁷ ס' 2(6) לחוק הגנת הפרטיות.

⁹⁸ Cal. Civ. code § 3344.

⁹⁹ Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974). מקרה זה דומה גם לפסק הדין האנגלי הידוע בעניין Irving. גם פסק דין זה עסק בשימוש בתמונה של נהג מירוצים בתור אמצעי שיווק (הפעם דובר על תחנת רדיו בשם Talksport, אשר נודעה בעבר בשם Talk Radio). זכות השימוש בתמונה הושגה כדין, אך חברת השיווק הסירה מהתמונה המקורית את הטלפון הנייד מידו של הנהג והחליפה אותו ברדיו שעליו רשום "Talk radio". בית המשפט קבע כי התמונה מציגה מצג כוזב שבו הנהג תומך בתחנת הרדיו (קראו למצג זה False Endorsement) ובכך יש מצג שואו (Passing off), דהיינו הטעיה. ראו 141 All ER (Comm) [2003] 2 | Irvine & Ors v Talksport Ltd. | 100 Midler v. Ford Motor Co. 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

אינה מופיעה "בעצמה" בפרסומת, אלא רק זמרת המחקה אותה ושרה שיר שלה, נפגעת זכותה של הידוענית לפרסום.

במקרה אחר, עניין *White*,¹⁰¹ נדון מקרה שבו הוצג רובוט שהולבש בצורה דומה לסגנון הלבוש של אשת הטלוויזיה ואנה ווייט בפרסומת של חברת "סמסונג". מאחורי הרובוט הוצבה תפאורה הדומה לתוכנית "גלגל המזל" המזוהה עם ווייט. בית המשפט הרחיב שוב את הזכות, ופסק שלמושא ההתחזות יש זכות בלעדית להשתמש בדמותו למטרות מסחריות, וכיוון שהתפאורה בפרסומת עוררה (Evoked) באנשים את דמותה של ווייט, נפגעה זכותה לפרסום. מדובר בהרחבה משמעותית של עניין *Midler*, שכן כאן היה ברור שמדובר ברובוט ולא בידוענית עצמה.

לסיכום, הסקירה מעלה שישנם שלושה יסודות לזכות לפרטיות (במנותק מהזכות לפרסום): יסוד שעניינו מימוש האוטונומיה – התערבות חיצונית פוגעת בכבוד האדם ובחופש שלו לממש את עצמו; יסוד שעניינו שליטה בדימוי החיצוני של האדם; ופן שמבטא חשש מפני כוח עורף של המדינה. למרות זאת, הדין הפוזיטיבי, בישראל ובעולם, מתמקד בהגנה על זכותו של אדם להיעזב במנוחה (שמבטא בעיקר ביסוד הראשון), וכן בהגנה מפני הכוח העורף של המדינה (במסגרת שאר סעיפי החוק שאינם נוגעים לעניין ההתחזות), אך הוא אינו מספק הגנה על היכולת של אדם לשלוט בדרך שבה הוא משתקף בעיני הציבור. כך למשל במקרה של התחזות, שבה המשתמש אינו בהכרח מעוניין ברווח מסחרי ולכן העבירה הקבועה בחוק אינה משתכללת. ההגנה על פרטיותו של האדם נועדה להעניק פיצוי בגין עוגמת נפש, להבדיל מנוק כלכלי, שהוסב לאדם.¹⁰² אם כן, נראה שגם זכות זו לא תגן באף אחד מבין שלושת מקרי הבוחן שהובאו לעיל ומלווים את המאמר – באף אחד מהם ההתחזות לא נעשתה לטובת רווח מסחרי. מנגד, תכלית הזכות לפרסום להגן על האינטרס הכלכלי של מושא ההתחזות אשר מעוניין להרוויח מפירות פרסומו, ואילו בענייננו פעמים רבות זכות זו אינה לרוונית, שכן לעיתים מושא ההתחזות אינו ידוען ובמקרים אחרים הוא כלל אינו מעוניין בהסחרת דמותו.¹⁰³

3. זכויות קניין רוחניות

(א) זכויות יוצרים

הגנת זכויות היוצרים מקנה שני סוגי זכויות. הסוג הראשון עוסק בזכויות הכלכליות של בעל הזכויות ביצירה, המעניקות לו בלעדיות בשימוש ביצירה, או למצער בחלק

¹⁰¹ *White v. Samsung Electronics America, Inc.* United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 989 F.2d 1512 (9th Cir. 1993).

¹⁰² עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 88, בפס' 33 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין.

¹⁰³ ראו להלן התייחסות גם בעמ' 30.

מהותי ממנה (נקראות גם "זכויות כלכליות").¹⁰⁴ הסוג השני עוסק ב"זכויות המוסריות" (או "הזכויות האישיות" כפי שאלה מכונות על ידי יהושע ויסמן), שפותחו במדינות המשפט הקונטיננטלי במהלך המאה ה-18.¹⁰⁵ זכויות אלה הן המשך ישיר לתורתם של הגל וקאנט, שראו ביצירה אמצעי לביטוי חיצוני של אישיותו הפנימית של היוצר.¹⁰⁶ בשל כך, כל אדם המפרסם או מפיץ את היצירה שלא כדין, פוגע בחירותו של היוצר משום שדיבר לכאורה בשמו של היוצר, ללא הסכמתו. "הזכות להתנגד לשיוך שקרי" (the right to object to false attribution) נחשבת לזכות מוסרית ותיקה במשפט האנגלי,¹⁰⁷ והיא משלימה זכות אחרת שנקראת "זכות הייחוס". בעוד שזכות הייחוס מזכה את היוצרים בהופעת שם על היצירה שיצרו, הזכות להתנגד לשיוך שקרי מספקת ליוצרים את הזכות ששםם לא יופיע על יצירה שלא יצרו.¹⁰⁸ אולם, זכויות אלה הן זכויות הנמנות עם זכויות היוצרים ולכן הדגש מושם על היצירה עצמה. דהיינו, על מנת שהיוצר יזכה בזכויות על היצירה, עליה לעמוד במבחנים הקבועים בחוק לצורך קבלת ההגנה. החוק מגן על יצירה ספרותית, אומנותית, דרמטית, מוסיקלית או תקליט.¹⁰⁹ בנוסף, על

¹⁰⁴ החוק הישראלי מכנה זכות זו "זכות יוצרים" ומגדיר אותה באמצעות פירוט השימושים שמוקנים באופן בלעדי לבעל הזכות (כמו, העתקה, פרסום, ביצוע פומבי, שידור, העמדת היצירה לרשות הציבור, עשיית יצירה נגזרת והשכרה), ראו ס' 11 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

¹⁰⁵ לסקירה על התפתחות הזכויות המוסריות במדינות המשפט הקונטיננטלי, ראו ELIZABETH ADENEY, THE MORAL RIGHTS OF AUTHORS AND PERFORMERS – AN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE ANALYSIS 9-68 (Oxford Univ. Press 2006) יהושע ויסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכויות יוצרים" מחקרי משפט ד' 51 (1989) ואת הערות השוליים המצוינות בה"ש 1 שם; הזכויות המוסריות מופיעות בס' 46 לחוק זכות יוצרים.

¹⁰⁶ לתורתו של הגל ראו GEORG W. F. HEGEL, PHILOSOPHY OF RIGHT 40-46 (T.M Knox trans., Oxford Univ. Press 1952) (1821) G. W. Friedrich Hegel, Elements of the Philosophy of Right § 41-53 (Allen W. Wood ed., H. B. Nisbet trans., Cambridge Univ. Press 1991) (1820) (להלן: הגל, יסודות הפילוסופיה של הזכות). לתורתו של קנט ראה IMMANUEL KANT, THE PHILOSOPHY OF LAW: AN EXPOSITION OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF JURISPRUDENCE AS THE SCIENCE OF RIGHT 56-57 (William Hastie trans., The Lawbook Exchange, Ltd. 2002) (1797) כמו כן, להרחבה על התפתחות תיאוריית זכויות היוצרים המוקדמת בגרמניה בתקופתו של קאנט, ראו Martha Woodmansee, *The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'*, 17 EIGHTEENTH-CENTURY STUD. 425 (1984).

¹⁰⁷ ראו CDPA 1988, s. 84. הזכות היא הצד המשלים ל"זכות להורות" (attribution right), המעוגנת בישראל בס' 46 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007; ראו גם טוני גרינמן *זכויות יוצרים* 826-827 (מהדורה שנייה, 2008).

¹⁰⁸ להרחבה ראו LIONEL BENTLY & BRAD SHERMAN, INTELLECTUAL PROPERTY LAW 280-82 (4th ed., 2014) (להלן: בנטלי ושרמן).

¹⁰⁹ ס' 4 לחוק זכויות יוצרים.

היצירה לעמוד במבחני המקוריות שהוגדרו בעניין **אינטרלגו**.¹¹⁰ הזכויות המוסריות נגזרות מעמידה במבחנים אלה, ורק לאחר שהוכח שהיצירה עמדה בהם היוצר רשאי לדרוש את שיוכה אליו (או שאדם אחר רשאי לדרוש את אי-שיוכה אליו). לעומת זאת, תופעת ההתחזות שבה עוסק מאמר זה אדישה לתוכן הציור, והיא מתמקדת בזהות המציין. כך, אין זה משנה אם הציור כולל מידע דיוחתי-עובדתי או יצירתי על מנת שתקום עילת תביעה למושא ההתחזות. הרכיב שעליו יש לשים דגש הוא אם תוכן הציור, בצירוף שאר רכיבי הפרופיל המתחזה,¹¹¹ גרמו "לאדם הסביר" לסבור שמדובר בפרופיל אותנטי של מושא ההתחזות. בשל כך, זכויות יוצרים, ובתוכן הזכות להתנגד לשיוך שקרי, אינן מספקת מענה מספק לענייננו.

(ב) סימני מסחר ועולות מסחריות

דיני סימני מסחר מקנים זכויות בלעדיות בסימנים המשמשים לזיהוי סחורות או שירותים. התכלית בבסיס הגנה זו היא כלכלית וכפולה. מן הצד האחד, סימן מסחרי נועד להגן על המוניתין של בעל הסימן. תהליך בניית המוניתין כרוך בהשקעה רבה של זמן ומשאבים. על מנת לתמרץ יצרנים להשקיע במוצריהם, החוק מעניק לבעל הסחורה אפשרות לבדל עצמו, באמצעות יצירת "מותג", ממתחריו ובכך לשמר על המוניתין הייחודי שלו. מן הצד השני ובצורה משלימה, הסימן המסחרי מונע בלבול בקרב ציבור הצרכנים, ומאפשר להם לרכוש סחורה בהתאם למוניתין של "המותג". סימן המסחר משמש כתג איכות עבור הצרכן, כך שהצרכן מסיק שהמחיר הגבוה של המוצר נובע מאיכותו הגבוהה. מידע זה מפחית עלויות עסקה, כיוון שהצרכן אינו נדרש לוודא בכל פעם מחדש את איכות המוצר.¹¹²

סימני המסחר נבדלים מענפים אחרים של הקניין הרוחני, כמו זכויות היוצרים ופטנטים,¹¹³ בכך שלא טמון בהם ערך אינהרנטי, שאנו כחברה מנסים לתמרץ את

¹¹⁰ ראו ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A, פ"ד מח(4) 133, 154 (1994) (להלן: עניין **אינטרלגו**). פסק הדין פירט את שלושת רכיבי המקוריות. ראשית, נדרשת השקעה מהיוצר. דהיינו, שפיתוח היצירה כללה מאמץ מינימלי. שנית, יש לוודא שמקור היצירה הוא ביוצר. דרישה זו הובהרה בע"א 23/81 **הרשקו נ' אורבך**, פ"ד מב(3) 749, 759 (1988), בו ציין השופט לוי כי "בהיבט רחב אין קיים שום דבר מקורי, אלא כל המצאה או 'רעיון' הם פיתוח של המצאה או 'רעיון' קודמים; השאלה בכל מקרה היא, אם בפועל הוסיף פלוני משהו מקורי משלו ל'רעיון' או ל'יישום' קודם". לבסוף, יש להראות שהיצירה מבטאת יצירתיות של היוצר, דהיינו שהיא "פרי עמלו הרוחני של היוצר", ראו עניין **אינטרלגו**, לעיל ה"ש 110, בעמ' 173. כמו כן, מלבד שני הרכיבים שצוינו, יש צורך בקיבוע מוחשי ובזיקה לישראל, אך אין סיבה להרחיב על רכיבים אלה. שם המשתמש, תמונת הפרופיל וכו'.

¹¹¹ יואב מזא"ה "הממשק בין סימני מסחר למדגמים: רישום סימן מסחר על צורה תלת-מימדית של מוצר" **דין ודברים** ו 457, 466-467 (2012).

¹¹³ תכלית דיני זכויות היוצרים הוא להעשיר את עולם הביטויים, ראו ע"א 8485/08 **The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט**, פס" 32 לפסק דינו של השופט גובראן (נבו 14.3.2010). לעומת זאת, התאוריה הרווחת לדיני הפטנטים היא

פיתוחו, אלא הם נועדו לאפשר שימוש במוצרים ובשירותים על ידי זיהוי אפקטיבי שלהם.¹¹⁴ לפיכך, רישומו של סימן מסחרי אינו מותנה בדרישות מקוריות, יצירתיות או חדשנות, אלא רק בכך שיש בו כדי להבחין בין סחורות ושירותים.¹¹⁵ הפקודה העוסקת בסימני מסחר מעניקה הגדרה רחבה למונח זה.¹¹⁶ אמנם סביר להניח שמושא ההתחזות לא פנה לרשם סימני המסחר לרישום שמו כסימן מסחר, אך אם נכיר בו, בהנחה שמדובר בידוען, כ"סימן מוכר היטב" הוא רשאי לקבל סעד פיזי בגין שימוש ללא אישור בעל הסימן, אף בהיעדר רישום.¹¹⁷ סעיף ההגדרות מציין שלצורך בחינה האם מדובר ב"סימן מוכר היטב", יילקחו בחשבון מידת המוכרות שלו, וכן הידע לגביו בקרב הסקטור הרלוונטי בציבור הנוגע לעניין.¹¹⁸ עם זאת, לא נוכל לטעון טענה דומה ביחס למושא התחזות שאינו מוכר היטב, ולכן ההגנה לא תחול על האדם מן היישוב. למרות זאת, נבחן לצורכי הדיון את תחולת ההגנות הנטועות בענף משפטי זה, בנוגע להתחזות לידוענים.

הכלכלית, לפיה יש לתמרץ חדשנות ויזמות טכנולוגית, ראו, Yoram Barzel, *Optimal Timing of Innovations*, 50 REV. ECON. & STAT. 348, 354 (1968). על קשר בין חדשנות טכנולוגית לבין צמיחה, ראו Robert P. Mergers & Richard R. Nelson, *On the Complex* Ian Ayres & Gideon; *Economics of Patent Scope*, 90 COLUM. L. REV. 839, 878 (1990) Parchomovsky, *Tradable Patent Rights: A New Approach to Innovation*, 60 STAN. L. REV. 863, 864 (2007). קיימות הצדקות נוספות לדיני הפטנטים, ראו מיכאל ד' בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדמי פטנטים" **משפט, חברה ותרבות: טכנולוגיות של צדק** 169, 192, ה"ש 91 (שי לביא עורך 2003) (המחבר מציין שקיימת תפיסה הרואה את הפטנט כזכות טבעית, אך הוא מסיק כי מהצגת התפיסה המכשירנית של דיני הפטנטים משתמעת דחייה של תפיסה זו); מאיר קוגמן "זאב בעור של כבש? ביוטכנולוגיה ובעלי חיים טרנסגניים – אתגר מודרני לדיני הפטנטים" **המשפט** י 157, 162 (2005) (המחבר עומד על כך שעיקר ההצדקה לשיטת הפטנטים הוא שיקולים ציבוריים של תועלת ורווח הנוגעים לכלל החברה). אולם, מדובר בהצדקות שלא זכו לתמיכה נרחבת, והתפישה הרווחת כיום היא הכלכלית-תועלתנית.

ראו *TrafFix Devices v. Marketing Displays*, 532 U.S. 23, 34 (2001) ["trademark law] 114 does not exist to reward manufacturers for their innovation in creating a particular .device; that is the purpose of the patent law and its period of exclusivity")

ראו ע"א 3559/02 **מועדון מגויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט**, נט(1) 873, פס' 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2004) ("מטרת ההגנה על סימן המסחר הינה שימור הזהות בין הסימן למוצר באופן שבראות ציבור הצרכנים את הסימן הוא יקשר אותו עם מקורו"); בג"ץ 144/85 **קליל, תעשיות מחכת אל-ברזליות בע"מ נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר**, פ"ד מב(1) 309, פס' 10 לפסק דינה של השופטת נתניהו (1988) ("כל הרעיון של סימן מסחר הוא יצירת זהות בין הסימן למוצר, עד כי הציבור, בראותו את הסימן, יקשר אותו מיד עם סחורה ממקור מסוים").

ס' 1 לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972.

שם ("הפרה" – שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך [...] בסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן או לענין טובין מאותו הגדר").¹¹⁸ שם.

כאמור, דיני סימני מסחר מקנים זכויות בלעדיות ביחס לסימנים המשמשים לזיהוי סחורות או שירותים. מטבע הדברים הם עוסקים בעניינים הקשורים ב"מסחר". לכאורה, ניתן להקיש משם לענייננו, ולטעון שידוען, דוגמת פרשן בחדשות, "מוכר" שירות כאשר הוא מפרסם ציורים פרשניים בטוויטר, בעבור קהל עוקביו, ביחס לסוגיות אקטואליות. כך גם ביחס ל"משפיען רשת" המפרסם את דעותיו בנוגע לענייני דיומא. לידוען מיוחסים מוניטין רבים, ולכן ניתן להתייחס אליו כאל "מותג", שבינו לבין המוצר שהוא מספק (במקרה הזה: דעותיו והגיגיו), קיימת זהות.

בהקשר הזה, קיימת מגמה להכיר בסימן מסחר כנכס קנייני בפני עצמו, הנבדל מהטובין או מהשירותים שבעבורם נוצר. מדובר בשינוי מהמגמה ששלטה בכיפה עד אז, שהייתה בידולם של המוצרים, שעל גביהם הוטבע הסימן, משאר המוצרים שמתחרים בהם. מגמה זו בולטת במיוחד במשפט האמריקני, במסגרת דוקטרינת "הדילול", שמרחיבה את ההגנה על סימני המסחר. לפי הדוקטרינה, המחזיק בסימן מסחר מפורסם רשום, רשאי למנוע מצדדים שלישיים להשתמש בו, גם בהקשרים שאינם קשורים כלל לטובין או לשירותים של המחזיק בסימן המסחרי המפורסם.¹¹⁹ הסיבות לכך הן שהשימוש נעשה בדרך שמבזה את הסימן (מכונה בעגה המקצועית "הקלשה"); או שהשימוש מעמעם (blurring) את הסימן.¹²⁰ הסיבה השנייה יותר רלוונטית לענייננו, ומשמעה שנשחקת הייחודיות של הסימן. דהיינו המוניטין שלו נפגעים כתוצאה מעצם השימוש בו, ללא קשר להטעיה של הצדדים השלישיים. אולם, כאמור, ההגנה הזו כיום קיימת רק לגבי סימני מסחר רשומים, וכאמור יש להניח שידוענים אינם רושמים את שמם כסימן מסחר.¹²¹

אנו סבורים כי ניסיון לתבוע בענייננו לפי מסגרות אלה, הוא ניסיון מאולץ לערב מין בשאינו מינו. בעת התחזות דיגיטלית, לא מדובר בעוולה כתוצאה מתחרות עסקית נפוצה. בעוד שבסימני מסחר המיקוד הוא בפגיעה הכלכלית בגורם שבסימנו השתמשו,

¹¹⁹ ראו לאה צ'אן גרינוולד "סימני מסחר וחופש הביטוי" קניין רוחני: עיוניים בינתחומיים 219, 231 (מרים מרקוביץ'-ביטון וליאור זמר עורכים 2015). דוקטרינת הדילול אומצה בדין הישראלי בע"א 6181/96 קרדי נ' BACARDI COMPANY LTD, פ"ד נב(3) 276 (1998) (להלן: עניין בקרדי); Ilanah Simon Fhima, *Exploring the Roots of European* Amir H. Khoury, *Well-known and Dilution*, INTELL. PROP. QUARTERLY 25 (2012) *Famous Trademarks in Israel from Manhattan to the Dawn of a New Millennium!*, 12 .FORDHAM INTELL. PROP., MEDIA & ENT. L. J. 991, 1024-1025, 1038-1039 (2002) אולם, יש דעה החולקת על כך וסוברת שגם בשביל לבסס עילת תביעה דרך דוקטרינת הדילול בדין הישראלי יש לבסס חשש של הטעיה, בשונה מהדין האמריקני. ראו Katya Assaf Zakharov, *The Scope of Protection of Trademark Image – Including Comments on a Recent Decision of the Israeli Supreme Court*, 36 IIC – INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 787, 798 (2005).

¹²⁰ עניין בקרדי, לעיל ה"ש 119, בפס' 12 לפסק דינו של השופט אנגלרד.
¹²¹ ידוענים רבים רשמו את שמותיהם כסימנים מסחריים, כמו למשל ביונסה ובעלה ג'יי זי, שחקן הפוטבול מרשון לינץ', פאריס הילטון, קיילי ג'נר ועוד, ראו Kaitlyn Tiffany, *Why celebrities try to trademark their catchphrases and baby names*, VOX (Apr. 19, 2019) <https://tinyurl.com/2w9b3a6t>.

בענייננו לא ברור שניתן להצביע על היבט נזיקי ישיר מבחינה כלכלית-ריאלית, שממנו נפגע הידוען בעצם ההתחזות. כמו כן, קשה להמשיג את הדעות והפרשנויות שמספקים הידוענים כמכירה של שירות מסחרי. הענקת סעד על התחזות כזו, באמצעות מערכת הדינים של סימני המסחר, אינה עולה בקנה אחד עם ההגיונות העומדים בבסיס ההגנה שהעניק לה המחוקק.¹²² לפי ההיגיון הראשון, הענקת ההגנה על הסימן תאפשר לבעל הסימן לבדל עצמו ממתחריו, ובשל כך תתמרץ אותו ליצור מוצרים איכותיים. לעומתו, ההיגיון השני מתמקד בצרכן, ובבסיסו יש להגן על הצרכנים מפני הטעיה, ובשל כך יש לסמן את המוצרים.¹²³

כאמור סביר להניח שהידוען לא רשם את שמו אצל הרשם בצורה רשמית, ומשום כך נבחן גם האם ההתחזות עולה כדי גיבוש עוולה של "גניבת עין" לפי חוק עוולות מסחריות.¹²⁴ על מנת להוכיח את השתכללות העוולה, יש להוכיח שלסימן יש מוניטין ושהשימוש בסימן הוביל להטעיה.¹²⁵ מוניטין הם נכס קנייני,¹²⁶ שכן הודות לתדמית שקנה לעצמו הידוען, קיים ציבור שבעל עניין "לרכוש" ממנו מוצרים ושירותים. חשוב

¹²² קטיה זכרוב "היקף ההגנה על תדמית של סימן מסחר: בעקבות ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד" **משפטים** לה 438, 435 (2005); בג"ץ 178/57 AKTIEBOLAGET ASTRA, APOTEKARNES KEMISKA FABRIKER נ' הרשם הכללי בתפקידו כרשם סימני מסחר, פ"ד יב 708, 711 (1958); ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' א.ס.בי.סי פרסום שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3) 933, 958-959 (2001); רע"א 5454/02 טבע טבע (1988) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה סופהרב בע"מ, פ"ד נז(2) 438, 450 (2003).

¹²³ נציין כי קיים שכלול של הרציונל השני, שלפיו אף במקרה של חשד בקרב הצרכנים שמדובר במוצר שאינו זהה למוצר המקורי, המחוקק החליט להעניק ייחודיות לסימן המסחר כדי לחסוך בעלויות הבירור. מיכל שור-עופרי "קניין רוחני ותאוריה של מורכבות" **קניין רוחני: עיונים בינתחומיים** 67, 88 (ליאור זמר ומרים מרקוביץ'-ביטון עורכים 2015); Ann Bartow, *Likelihood of Confusion*, 41 SAN DIEGO L. REV. 721, 728 (2004); Marshall A. Leaffer, *The New World of International Trademark Law*, 2 MARQ. (2004); Deven R. Desai & Sandra L. Reirson, *Confronting* INTELL. PROP. L. REV. 1, 5-6 (1998); Stacey L., *the Genericism Conundrum*, 28 CARDOZO L. REV. 1789, 1797-1799 (2007); Dogan & Mark A. Lemley, *Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet*, 41 HOUS. L. REV. 777, 778 (2004).

¹²⁴ ס' 1 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.

¹²⁵ ע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראליים פניציה בע"מ נ' les verrees de saint gobain, פ"ד מה(3) 232, 224 (1991).

¹²⁶ ע"א 276/69 הילקוביץ נ' אלויס (ישראל) בע"מ, פ"ד כד(1) 85, 90 (1970) ("עקב התפתחות חיי המסחר רואים גם במוניטין של עסק נכס השווה כסף, שאותו ניתן למכור, ומשמעות על מכירת מוניטין היא שהמוכר יאפשר לקונה להינות מן הלקוחות הרגילים לסחור עם המוכר"); בר"ע 253/72 גיהן ווקר ובניו בע"מ נ' נשיונל דיסטילרס בע"מ, פ"ד כז(1) 361, 364 (1973) ("מבצע העוולה הנ"ל פוגע בזכות הקניין של התובע. הדין מכיר בזכות הקניין של בעל עסק במוניטין של עסקו העלול להיפגע על-ידי מצג-שוא של הנתבע, ופורש עליו הגנתו"); ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקוירטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, 702 (1994) ("המוניטין המסחרי הוא נכס. העוולה מגינה מפני פגיעה באינטרסים באותו נכס").

לומר שלהבדיל מפקודת סימני המסחר, בתביעה לפי חוק זה אין דרישה לעמוד בתנאי של "סימן מוכר היטב".

בעבר נפוצה הנחה, לפיה העוולה של גניבת עין בישראל מצומצמת בהיקפה, ושהיא עוסקת אך ורק במכירת "טובין" ולא במתן שירותים. אולם, בעת חקיקת חוק עוולות מסחריות, הבהיר המחוקק כי איסור "גניבת העין" חל גם על שירותים.¹²⁷ כמו כן, התקופה המודרנית מתאפיינת בגישה המרחיבה את היקף העוולה בבריטניה ובמדינות חבר העמים הבריטי, כשבראשן אוסטרליה וקנדה.¹²⁸ גישה זו צמצמה מאוד את דרישת ההוכחה ל"הטעיית הציבור", ומיקדה את עיקרה בניסיון ליהנות מהמוניטין של הזולת. כאמור, לכאורה ניתן לטעון שפרסומים של הידוען בטוויטר הם מעין "מכירת שירות", ולכן שימוש בפלטפורמה הזו, כמוה כשימוש שלא כדין בנכס של בעל החשבון.

אולם, כפי שצוין בנוגע לשימוש בסימני המסחר כמערכת נורמטיבית להענקת סעד, כך גם לגבי דיני עוולות מסחריות. הואיל ולא מדובר בעוולה כתוצאה מתחרות עסקית נפוצה אלא בהתחזות דיגיטלית, אנחנו סבורים שלא יהיה נכון להשתמש במערכת דינים של עוולות מסחריות כמערכת נורמטיבית לבחינת הענקת סעד פיצויי. כמו כן, מאחר שעוולת גניבת העין בתחילת התפתחותה, נועדה להגן על שימוש בסימן מסחר בלתי רשום, נוכל לראות ברציונלים שהובאו לעיל בנוגע לסימני מסחר, כחלים גם עליה.¹²⁹

ולבסוף, כפי שפתחנו, ענף משפטי זה כלל אינו רלוונטי לדמויות שאינן ידועות דיין. מכל האמור לעיל, נראה שלא ניתן, ולא ראוי, לקבל סעד על ההתחזות באמצעות תביעה באחד מענפי הקניין הרוחני.

אם כן, נראה שהענפים המשפטיים הקיימים מתקשים לספק מענה כולל לסוגיה.¹³⁰ בחלק הבא נפנה לגיבוש הצעות לשינוי המצב המשפטי הקיים, במטרה לטפל בתופעה.

¹²⁷ ס' 1 לחוק עוולות מסחריות ("נכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן").

¹²⁸ פרידמן ובר-אור, לעיל ה"ש 39, בעמ' 497. להרחבה ראו JOHN G. P. FLEMING, THE LAW OF TORTS 782-784 (9th ed. 1998). לגבי פסיקת בתי המשפט באנגליה ראו Reckitt v. Borden Inc., [1990] WLR 471 (HL); & Coleman Products v. Borden Inc., [1990] WLR 471 (HL); Bollinger v. Costa Brava. Erven Warnik v. Townend, [1979] AC 731; Wine Co., [1960] Ch. 262. לדיין ראו WILLIAM R. CORNISH, INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, COPYRIGHTS, TRADEMARKS & ALLIED RIGHTS 678-679 (2013). מנגד, ראו Harrods Ltd. V. Harrodian School Ltd., [1996] R.P.C 697 (C.A.). שפסק ברוך דעות. בענייננו דעת המיעוט של השופט Kerr עדיפה.

¹²⁹ יעקב וחנה קלדרון חיקויים מסחריים בישראל 141 (1996); General Electric Co. (USA) v. General Electric Company Ltd. [1973] 1 All.E.R. 337.

¹³⁰ בנקודה זו נבקש להתייחס בקצרה לשתי מסגרות נורמטיביות נוספות שניתן היה לחשוב עליהן כרלוונטיות לטיפול בתופעה. הראשונה היא ההגנה הנתונה לאדם מפני העוולה הנזיקית שעניינה תרמית. אלא שלעוולה ישנם יסודות שאינם מתקיימים בענייננו: ראשית, הרציונל הטמון בעוולה אמור להגן על צד שלישי שנחשף למידע הכוזב, פעל

ד. פתרונות אפשריים להתמודדות עם התופעה

1. הרחבת הזכות לפרטיות

כפי שהראנו לעיל, הדין הפוזיטיבי מתמקד בהגנה על שני יסודות של הזכות לפרטיות: יסוד שעניינו מימוש האוטונומיה כנגזרת של כבוד האדם – התערבות חיצונית פוגעת בחופש של האדם לממש את עצמו, וכן יסוד שמבטא חשש מפני כוח עודף של המדינה. עם זאת, הוא אינו מספק הגנה על היכולת של אדם לשלוט בדרך שבה הוא משתקף בעיני הציבור.

כזכור, אחת הגישות המובילות להגדרת הזכות לפרטיות מכונה "הפרטיות כשליטה", והיא מדגישה את השליטה של אדם בעצמו ובעיקר במידע האוטנטי לגביו, אשר מועבר לצדדים שלישיים.¹³¹ אנו סבורים שטיפול בסוגיה שבה אנו עוסקים מצריך צעד נוסף בפיתוח גישה זו. שכן התחזות לאדם, מספקת לצדדים שלישיים – לציבור כולו למעשה, מידע לא-אוטנטי על אודות האדם. אותו "מידע" שאינו אוטנטי עלול לכלול סגנון התבטאות שאינו הולם את האדם, דרכי חשיבה, תחומי עניין ודעות שיוחסו לאותו אדם. "מידע" זה עלול לשנות את הדרך שבה האדם משתקף בציבור. אנחנו סבורים שכחברה עלינו להגן על שליטתו של אדם ביחס להשתקפות זו, ובכך יבוא לידי ביטוי גם היסוד השלישי של הזכות לפרטיות, אשר אינו זוכה כיום להגנה. לשיטתנו, המונח "פרטיות" אוצר בתוכו גם את ההבחנה בין דברים שהם "פרטיים"

על פיו ונפגע, ואילו המאמר עוסק בעילת תביעה שקמה למושא ההתחזות, ולא למשתמש שנחשף לציור. שנית, היישום של ההגנה בסעיף 56 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] כולל יסודות שאינם מתמלאים בענייננו: יסוד נפשי של כוונה להניע את האדם הנחשף למצג לבצע פעולה מסוימת, בעוד התופעה הנדונה במאמר אינה דורשת בהכרח פעולה אקטיבית מצד המשתמש; ויסוד של נזק ממוני שייגרם לאדם שנחשף להתחזות, בעוד מקרי הבוחן שהובאו לעיל, העוסקים בחשבונות המזויפים של עמית סגל ומשה גפני, לא גרמו לנזק ממוני לאף צד. לצד זאת, מאמר זה עוסק בסעדים שהנפגע יכול לקבל במסגרת המשפט הפרטי. עם זאת, למען תצא התמונה שלמה נציין בקצרה כי גם הדין הפלילי אינו מתאים לענייננו. על אף שסעיף 441 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מאפשר קבלת פיצוי, זהו הליך חריג שאינו נחשב דרך המלך לקבלת סעד פרטי. קושי נוסף בהיתלות בעבירה הפלילית של התחזות נעוץ ביסוד הנפשי המיוחד הדרוש להתגבשות העבירה: כוונה להונות, מונח אשר פורש כניסיון להניע את המרומה לפעול לרעתו. ראו למשל ע"פ 4980/07 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 24 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (נבו 4.11.2010) וכן יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין 972 (2005). ברם, כפי שהובא לעיל, המטרות של המתחזים בטוויטר "תמימות" יותר באספקלריא הפלילית ומשכך היסוד הנפשי אינו מתקיים והעבירה אינה משתכללת. כמו כן, תכלית העבירה הפלילית היא להגן בעיקר על צדדים שלישיים, אשר "נפלו בפח ההתחזות", וסיפקו טובות הנאה כלשהן למתחזה, מתוך הנחה שעומד מולם מושא ההתחזות. מנגד, מטרת מאמר זה היא להגן על מושא ההתחזות, ולספק לו מזור. לאור האמור לעיל, גם ההליך הפלילי אינו מתאים לטיפול כולל בסוגיה.

ראו לעיל בעמ' 15.¹³¹

לבין כאלה שהם "ציבוריים", במובן של נחלת הכלל; אך גם את הזכות להיות "פרט" בעל אישיות עצמאית, כנגזרת של הזכות לאוטונומיה ולכבוד האדם.¹³² בעידן הרשתות החברתיות, ישנה חשיבות יתרה לשליטה של אדם בדמותו הציבורית. אותן סיבות שגרמו לפיתוח גישת "הפרטיות כשליטה", מובילות אותנו להרחבת מעבר לשליטה במידע האותנטי, גם אל עבר ה"מידע" שאינו אותנטי. על האדם להיות אדון לדמותו, כך שהיא תיקבע על פי מעשיו והחלטותיו.

אם כן, להלן נציג עיגונים דוקטרינריים להרחבת ההגנה מפני התחזות לאדם אחר, אשר קשורים בטבורם לסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות. כיום הסעיף קובע כי שימוש בשמו או בדמותו של אחר, עולה כדי עוולה אזרחית, רק במקרים שהשימוש נעשה לשם עשיית רווח. לשם כך ניתן לבצע שתי פעולות חלופיות מבחינה דוקטרינרית, אשר שקולות מבחינה מהותית.

הדרך הראשונה היא בהגמשה של הגדרת "רווח" לעניין החוק. לפי הפרשנות הנוכחית של המונח, המונח מתייחס בעיקר לרווח כלכלי ריאלי. כך למשל בעניין **ברקוביץ'**, נדון המונח "רווח", ובו נכתב כי: "רווח" אינו מונח משפטי ואינו מוגדר בחיקוקים השונים. מעיון במילון אבן שושן עולה כי הפירוש המתאים ל"רווח" הינו: ההפך מההפסד; הכנסה שאדם מקבל מעל השקעתו בסחורה. משמעות הדבר היא כי אם אדם מצליח לחסוך ולהימנע מהוצאה הכרחית על ידי פעולה מסוימת, ייחשב הדבר כרווח, ובוודאי שאם אותו אדם זוכה להכנסה בפועל מהשקעתו, העולה על ערך השקעתו, אף זה רווח".¹³³ לאור האיוון אל מול הזכות לחופש הביטוי וחשיבותה הרבה, הוגבלה תחולת הזכות לפרטיות, לשימושים מסחריים לא מורשים בלבד. חופש הביטוי מגן בעיקר מפני שימוש לא מסחרי – חופש הביטוי הפוליטי והאומנותי. כיוון שחופש הביטוי המסחרי מצוי במדרגה נורמטיבית נמוכה יותר, הוא נסוג מפני הזכות לפרטיות.

עיון בהיסטוריה החקיקתית מראה כי חוק הגנת הפרטיות החליף את ס' 34 לפקודת הנזיקין. סעיף זה, אשר נחקק בשנת 1974, קבע עוולה של "פגיעה בדמותו של אדם": "פגיעה בדמותו של אדם היא השימוש ללא הסכמתו בשמו, בכינויו, בתמונתו, או בקולו למסחר או לפרסומת מסחרית". מעניין במיוחד לקרוא את דברי ההסבר לסעיף, אשר מכונה בהצעת החוק "חוק השימוש בשם אדם למסחר": "החוק המוצע בא להסדיר את אחד העניינים הכלולים בזכות לפרטיות, הוא השימוש בשם או בדמותו של אדם למסחר או לפרסומת מסחרית, תופעה מצויה ביותר בימינו ונוקה מרובה".¹³⁴ חוק הפרטיות נוסח על בסיס ההמלצות שפורסמו בדו"ח של "הוועדה להגנה בפני

¹³² ראו בהקשר זה מושג משפטי שנקרא "זכויות בנוגע לאישיות", שפותח בספרות האירופית. למשל. Adrian Popovici, *Personality Rights – A Civil Law Concept*, 50 LOY. L. REV. 349 (2004).

¹³³ ת"א (שלום ת"א) 19080/91 **ברקוביץ' נ' עיתונות מקומית בע"מ** 2-3 (נבו 20.12.1992). ראו גם ת"א (מחוזי מר') 4951-08-07 **דיאליט בע"מ נ' הרר** 191-192 (נבו 31.7.2016); ע"א (מחוזי חיפה) 4448/07 **רביבו נ' אופק** (נבו 11.6.2008).

¹³⁴ דברי הסבר להצעת חוק השימוש בשם אדם למסחר, התשל"ג-1973, ה"ח 1085, 452.

פגיעה בצנעת הפרט", אשר בראשה עמד השופט חיים כהן. בין ההמלצות נכתב כי החוק מרחיב את האיסור הקיים על השימוש בשמו של אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו. בעוד האיסור הקודם חל רק על פעילות לשם מסחר או לפרסומת מסחרית, החוק החדש החיל את האיסור על כל פעילות לשם רווח.¹³⁵

לדעתנו, יש לצמצם את ההגנה על חופש הביטוי באיזון שלו מול הזכות לפרטיות במקרים אשר שקולים מבחינה נורמטיבית לחופש הביטוי המסחרי. אנחנו סבורים כי רוב ההתחזויות שבהן עוסק מאמר זה אינן גוברות מבחינה נורמטיבית על חופש הביטוי המסחרי, ועל הדין הקיים להתחשב בכך. ניתן לבצע שינוי זה בשתי דרכים אשר שקולות מבחינה מהותית: האפשרות הראשונה היא לנקוט דרך דומה לזו שנעשתה בדיני "עשיית עושר ולא במשפט": ניתן להניח שהמתחזה מפיק תועלת כלשהי, שכן ההנחה היא שאדם ריצונלי אינו מבצע פעולות, שהוא אינו מפיק מהן תועלת כלשהי. מילוי רצונו של אדם נחשב ל"התעשרות נורמטיבית" אשר עשויה לזכות בפיצוי בדיני עשיית עושר.¹³⁶ לדעתנו ראוי ליישם הגדרה כזו גם לצורך חוק הגנת הפרטיות – המתחזה נהנה להפיץ את הגיגיו, נהנה מהבמה הציבורית לה הוא זוכה מכוח הדמות שאליה התחזה, ונהנה מתשומת הלב המוענקת לו בעקבות ציוציו.¹³⁷ אילולא היה נהנה בצורה כלשהי – הוא לא היה מתחזה. מהלך דוקטרינרי שונה אך זהה מבחינה מהותית הוא השמטה מהחוק של הדרישה לרווח, בקשר לשימוש בשמו ובתמונתו של אדם אחר. מהלך דומה נעשה במחוז קוויבק שבקנדה, שם קבע המחוקק שתתרחש פגיעה, כאשר יבוצע שימוש בשמו, בתמונתו או בכינויו של אדם, ללא תלות בכוונה המסחרית. חלף זאת, קבעו שהפגיעה תתרחש כשהשימוש ייעשה "שלא לתועלת הציבור".¹³⁸

כאמור, על חשיבותו של חופש הביטוי אין צורך להכביר במילים. ועל אף זאת, מימרה ידועה היא שכפי שהזכות להניף את הזרועות לצדדים באה אל קצה כשאדם מגיע אל חוטמו של זולתו, כן חופש הדיבור ייעצר במקום שייתקל בשמו הטוב של הזולת. בהקשר זה פסק השופט (כתוארו אז) חשין כי "כך או אחרת, בדיווח שקרי לא נמצא לי אינטרס בעל עוצמה כלשהי, עוצמה שעמה יוכל חופש הביטוי לצאת למלחמה בזכותו של הזולת לשם טוב".¹³⁹ בהשאלה מאמירה זו, גם אנחנו לא מצאנו סיבה מדוע

¹³⁵ דברי הסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ס-1980 ה"ח 1453, 206; וכן ספר יצחק כהן 87, 113 (מנחם אלון עורך 1989). ראו גם עניין ברקוביץ, לעיל ה"ש 133, בעמ' 7-4.

¹³⁶ באשר להתעשרות נורמטיבית ראו פרידמן ובר-אור, לעיל ה"ש 39, בעמ' 108-112; ראו גם את דעת היחיד של השופט ברק בע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' טרבלוס, פד"א לג(1) 197, 205 (1978). והשוו מהעת האחרונה: בג"ץ 334/21 הסתדרות מדיצינית "הדסה" נ' כנסת ישראל, פס" 48 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 23.11.2021).

¹³⁷ באשר להשפעות של סימוני הלייק וה"אהבתי" על מוחנו, ראו למשל ניו יורק טיימס וקלאודיה דרייפוס "למה אנחנו לא יכולים להפנות את המבט מהמסך" TheMarker (10.4.2017). <https://tinyurl.com/dhjmv4v8>. כמובן שבעצם מילוי הרצון מתקיימת התעשרות נורמטיבית, אך לטובת המחשה והפשטות בחרנו לעסוק בסימוני האהבה.

¹³⁸ Civil Code of Québec, CCQ 1991, c 64, arts 3, 36 (Can.)
¹³⁹ בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 869-870 (1999).

לבצע איזון זה בעת התנגשות בין חופש הביטוי (הדיבור) אל מול הזכות לשם טוב, ולא לערוך איזון דומה בעת התנגשות מול הזכות לפרטיות. גם כאן, מדובר במידע לא אותנטי על אודות אדם אחר, אשר לא ראוי שיזכה להגנה כה חזקה, עד שלא מצאנו אכסניה נורמטיבית כדי למנוע אותה. זאת, אף במקרים שבהם לא מדובר בהוצאת לשון הרע על אודות אותו אדם.

כפי שנפרט להלן, ניתן להטות שוב את כפות המאזניים לטובת חופש הביטוי, בעת שמדובר בהתחזות לאדם בעל חשיבות ציבורית גבוהה, או בעת העברת מסר בעל חשיבות ציבורית. כך, התחזות לפוליטיקאי לשם העברת מסר סאטירי המבקר את פעילותו הציבורית, תזכה להגנה גבוהה יותר מאשר התחזות לבוגר תוכנית הריאליטי. דהיינו ניתן להתחשב הן בזהות הגורם שאליו מתחזים, והן בתוכן המסר. בהקשר הזה ניתן להשוות לסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע, אשר מגן כשהפרסום "היה הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לעניין ציבורי, או על אופיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות".¹⁴⁰

נציין שעל מנת ליהנות מההגנה הנ"ל, חוק איסור לשון הרע דורש שהפרסום ייעשה בתום לב, וכמובן שלא ניתן לדרוש תום לב בעת התחזות לאדם אחר. יתרה מזאת, וורן וברנדייס הבהירו שהגנת תום הלב אינה רלוונטית לפגיעה בפרטיות, בדומה לעוללת הסגת גבול.¹⁴¹ למרות זאת, במקרים המתאימים אנו סבורים שיש לאפשר התחזות לאדם אחר, תוך הבהרה שמדובר בחשבון שאינו אותנטי, כדי למנוע הטעיה של הקוראים.¹⁴²

2. זכות קניין-רוחנית על "הבמה הציבורית"

אפשרות אחרת שניתן לפתח היא המשגת זכות הרואה בקהל העוקבים שצבר האדם נכס קנייני שלו. מדובר בנכס בלתי מוחשי – הבמה הציבורית שמספקים קהל העוקבים של מושא ההתחזות, ולכן מדובר בזכות קניין רוחנית.¹⁴³ טבע האדם הוא לעקוב אחר אנשים שהוא מכיר, אשר נאמנים עליו כמקצועיים, מצליחים ומהימנים. פרקטיקה נפוצה שנוקטות רשתות מסחריות גדולות היא להשתמש בדמויות מפורסמות כ"פרזנטורים".¹⁴⁴ לעיתים רשתות ספורט שוכרות ספורטאים, אשר הצליחו להגיע

¹⁴⁰ כמו כן, ראו גם את הדוגמאות שהובאו לעיל בה"ש 35.

¹⁴¹ בירנהק, לעיל ה"ש 74, בעמ' 59.

¹⁴² ראו להלן בפרק הרביעי למאמר זה דיון גם באשר לסוגיה זו.

¹⁴³ במובנים מסוימים, יש דמיון בין הניסיון אשר נעשה בפרק זה, להמשיג את הזכות כקניין רוחנית, לבין הניסיון להמשיג את הזכות לפרטיות כזכות קניינית. על פי רוב, טיעון זה מועלה כביקורת כנגד גישת "הפרטיות כשליטה". ראו דיון בכך אצל בירנהק, לעיל ה"ש 74, בעמ' 95-97. ראו להלן גם ה"ש 154.

¹⁴⁴ מחקר שנערך על ידי צוות חוקרים הולנדי הראה ששיווק מוצרים באמצעות מפורסמים יעיל יותר. המחקר הראה שכאשר נשים צעירות נחשפו לתמונות של נעליים שנקשרו

להישגים בתחומם, במטרה שיפרסמו את מוצרי הספורט שלהם. בכך הציבור אמור לקשר בין ההצלחה של אותו ספורטאי, לבין השימוש שלו במוצרים שאותם הוא מפרסם. לעיתים הפרזנטורים מפרסמים מותגים, אשר אין קשר ישיר בינם לבין ענף הספורט שבו הם מתחרים. כך למשל הג'ודואי האולימפי, אריק זאבי, פרסם בנק, והאלופה האולימפית בהתעמלות אומנותית, לינוי אשרם, מפרסמת דגני בוקר.¹⁴⁵ מובן שפרסום של ידוענים למותגים אינו מוגבל לתחומי הספורט – למשל "אומן החושים" ליאור שושרד הוא הפרזנטור הרשמי של יצרן רכב מוביל, והזמרים גידי גוב ועומר אדם מככבים בפרסומות של חברת תקשורת גדולה.¹⁴⁶

בנוסף להימנות והמקצועיות המיוחסות לדמויות מפורסמות, מטבע הדברים דמויות אלה מושכות קהל, אשר מחכה למוצא פיהם, גם בנושאים שאינם מומחים בהם, ועל אחת כמה וכמה כאלה שנמצאים בליבת עיסוקם. זו למשל אחת הסיבות לפריחתם של מדורי הרכילות והידוענים באתרי התקשורת הרבים, וזו גם הסיבה שעמודים שמפעילים ידוענים זוכים לכמות רבה של עוקבים. אם כן, הנכס שאותו נטל המתחזה מהידוען בעת פתיחת הפרופיל, הוא הבמה הציבורית, המוקנית לידוען מתוקף זהותו. המתחזה משתמש בקהל השומעים של הידוען, אשר קוראים את המסרים שאותם המתחזה מפרסם בציוריו, אך ורק בשל הזיהוי של המסרים עם הידוען.

נמחיש את ההצעה באמצעות מקרה הבוחן השלישי שהובא לעיל, שעניינו השימוש בקהל שרכש בוגר תכנית הריאליטי, לשם קידום מטרות שהוא אינו מקדם בעצמו. אמנם, מדובר במטרות שאינן פוגעות במתחזה, והן עשויות להיות מצויות בקונצנזוס ציבורי. עם זאת, המתחזה גוזל את זכותו הקניינית על הקהל שהוא צבר. כפי שציינו לעיל, בהתאם לטענתו של ריפשטיין, אנו סבורים שעצם השימוש בקניינו הוא פגיעה בזכותו לאוטונומיה, במובן של אי-תלות באחר. אם כן, יש להגן מפני עצם השימוש בכמה, אף במקרים שלכאורה לא נגרם נזק ריאלי נלווה.¹⁴⁷

למפורסמים, אזורים במוחן הקשורים לעיבוד גירויים רגשיים הופעלו בתדירות גבוהה, בצורה שהובילה לתחושת רגשות חיוביים כלפי הנעליים. המשתתפים ציינו שקיימת סבירות גבוהה יותר שיקנו את הנעליים שאותם מפורסמים פרסמו. ראו Mirre Stallen et al., *Celebrities and Shoes on the Female Brain: The Neural Correlates of Product Evaluation in the Context of Fame*, 31 J. ECON. PSYCH. 802 (2010)

¹⁴⁵ משה בנימין "פרזנטור חדש לבנק ירושלים: אריק זאבי יוביל את הקמפיין" *Ice* (6.3.2017); <https://tinyurl.com/4wfpnus5>; נועה רויכמן "קורנפלקס של אלופות: הפרזנטורית שתחליף את עומרי כספי על הקורנפלקס" *N12* (31.5.2021) <https://tinyurl.com/2ue9t7ch>

¹⁴⁶ יפעת הללי אברהם "ליאור שושרד לוחק לקמפיין נחשק" *Mako* (7.5.2019) <https://tinyurl.com/amccfbsa>; דור מאיר מועלם "אופס, הוא עושה זאת שוב: זה הסכום שירוויח עומר אדם על הפרסומת החדשה לבוק" *Mako* (4.6.2021) <https://tinyurl.com/b6vkfh3>

¹⁴⁷ ראו ריפשטיין, לעיל ה"ש 40, וכן ראו לעיל ה"ש 41.

הצדקתיה של זכות זו מתמזגות עם אלה שהובאו ביחס לזכות לפרסום.¹⁴⁸ ביניהן: ההצדקה הלוקיאנית, המתבססת על העמל שהשקיע הידוען ב"בניית דמותו" הציבורית.¹⁴⁹ היותה תמריץ ליצירה וליוזמה אישית, במטרה להפוך לידוען (הצטיינות הידוען מפרה את המרחב הציבורי); ומניעת שימוש יתר במותג כדי לאפשר את היכולת של הידוען עצמו להשתמש בשמו למטרות מסחר.¹⁵⁰ אם כן, הזכות תגן על הידוען מפני התחזות אליו, גם במקרים שהציוצים אינם מכפישים את הידוען ואינם עוסקים בפרסום של מוצר מסחרי. שכן גניבת הזהות של הידוען פוגעת בזכותו על קהל השומעים, שהוא רכש בעמל רב, לעיתים במשך שנים. עם זאת, בחרנו שלא להמשיך בפיתוחה של זכות זו.¹⁵¹ זאת בין היתר לאור העובדה

¹⁴⁸ כפי שצוין לעיל, מדובר בזכות קניינית, לא אישית, אשר מגינה על האינטרס הכלכלי של הידוען בשמו, בדמותו בקולו. הזכות גובשה במקור במשפט האמריקני, כתוצר לוואי של השימוש ההולך וגובר בידוענים בפרסום המסחרי הדיגיטלי. הזכות מקנה לאדם שליטה מונופוליסטית על השימוש שיעשה בדמותו, בקולו ובשמו לצורכי מסחר וקידום מכירות. בהקשר זה, בדומה לזכות לפרסום ניתן לטעון גם ביחס להצעתנו שיש לשמור את הזכות בידי הציבור, אשר בפועל הוא זה שמקנה את המעמד המיוחד לידוען. כפי שהשוטף ריבלין ציין: "סבור אני כי אין די בהגן על-מנת לפסול את זכות הפרסום. אכן, לפרסומו של אדם אחראי גם הציבור, אך הדבר נכון, באותה מידה כמעט, גם באשר לזכויות קניין אחרות. הללו, כולן, הן פרי ההבניה החברתית. בלי שבני החברה ייחסו לנכסים השונים משמעות יהיו הזכויות בנכסים אלה חסרות כל ערך (טול מהכסף את ההבניה החברתית שמעניקה לו משמעות, ושוב אין הוא אלא פיסת נייר)". השופט ביסס זאת בין היתר על זכותו של בעל מקרקעין התלוי בערך השוק שמוכתב על ידי ביקוש והיצע; וכן על המקרה של זכויות יוצרים, ששווין מוכתב על ידי האהדה של הציבור ושל אמצעי התקשורת אליה, לא פחות מעל ידי כישרונו של האומן. עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 88 בפס' 40; MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY 7 (1984).

¹⁴⁹ הצדקה אשר מתבססת על "תורת העבודה" לקיום זכות. בית המשפט הסביר כי: "במקרים רבים לא נצרך הידוען להשקיע עבודה רבה ברכישת פרסומו. אלא שאפילו זכה אדם בנכס אך הודות למזלו הטוב, ובלי שהשקיע כל מאמץ ביצירתו, אין בכך כדי למנוע ממנו את הגנת הדין". ראו עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 88 בפס' 38; White v. Samsung; Electronics America, Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992).

¹⁵⁰ הצדקה זו דומה לתיאוריית הדילול, שנסקרה לעיל בעמ' 22. ראו עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 88 בפס' 43-45. בעת הדיון בזכות לפרסום לא הוכרה אפשרות לשימוש הוגן כלשהו בזכות. זאת, שכן אף לו היה מגיע לציבור בכללותו ליהנות מפירות הפרסום, הרי שאין ספק שכל פרט בתוך החברה תרם פחות מהידוען עצמו לפרסומו של הידוען (אף אם נניח שהחברה בכללותה תרמה יותר מהידוען). אם כן, אין סיבה לאפשר לפרט בודד ליהנות מהערך המסחרי שמגיע לידוען. מנגד, בענייננו, המתחזה לא מפיך כל ערך ריאלי-מסחרי בעקבות ההתחזות. במקרים שבהם המניע של המתחזה אינו מסחרי, ייתכן שניתן לפתח אפשרות לשימוש הוגן, והדבר צריך העמקה נפרדת. שם, בפס' 42.

¹⁵¹ על כן, במקרה שאפשרות זו תיבחר כעדיפה לשם מתן מענה לתופעה שבלב מאמר זה, הרי שדרוש פיתוח נוסף אשר יגדיר בצורה מדויקת מה ייחשב להפרת הזכות ומה יהיו החריגים לה. למשל, האם הזכות תחול כאשר אין זהות בין העוקבים של החשבון

שמדובר בזכות יחסית מצומצמת מבחינת היקף התחולה שלה, שתחול בעיקר על דמויות מפורסמות שאליהן מתחזים, וההגנה היא תספק לדמויות של האדם הפשוט, תהא פחותה.¹⁵²

3. מסגרת נורמטיבית חדשה: זכות לזהות ציבורית אותנטית

צמד הצעותינו לעיל עלולות להיתקל בקשיים משמעותיים: ההצעה הראשונה חורגת מגדרי הזכות לפרטיות, כפי שזו הובנה בספרות ובפסיקה העולמית. כפי שהראנו בחלקו השני של המחקר, הזכות לפרטיות, בהתאם להגדרתם הקלאסית של וורן וברנדייס, עליהם רוב הספרות נשענת, היא "הזכות להיעזב במנוחה". למשל, קיים קושי, כפי שהודגש בין היתר בפסק הדין בעניין אלוניאל, בהחלה של הזכות הזו על גורמים שאומנותם היא בפרסומם, דהיינו על ידוענים. קשה לטעון שבוגר תוכנית הריאליטי מעוניין להיעזב במנוחה. ההפך הוא הנכון: רבים מהם חותרים לפרסום מירבי ב-"15 דקות התהילה" שלהם, במטרה להשיא את התועלת הנגזרת שיפיקו מכך בקמפיינים פרסומיים ובהתערות בקרב שאר הידוענים.

ההצעה הראשונה חורגת מגדרי זכות זו, ומתייחסת לזכות לפרטיות ככוללת גם היבט המתייחס לדימוי הציבורי, אף של ידוענים. הפגיעה בזכות מתרחשת בעצם השימוש בזהות של אחר, ללא קשר לנזק שהשימוש גורם. בכך יש יסוד הדומה לזכות קניינית של אדם – כפי שעוללת "הסגת גבול" מתממשת בעת כניסה לשטח שבבעלות אדם אחר, לא תלות בנזק שנגרם בשל כך. בשונה מהזכות לפרטיות כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק כיום, הצעתנו אינה דורשת יסוד נפשי כלשהו – כאמור, אין דרישה שהפעולה תיעשה "לשם עשיית רווח". ייתכן שלשם כך, ראוי להפריד מבחינה תיאורטית בין הזכויות, ולהמשיג זכות חדשה.

ההצעה השנייה נתקלת בבעיה אחרת – היא מגינה רק על ידוענים, אשר הספיקו לצבור קהל אוהדים.¹⁵³ כדי להמחיש את הבעייתיות, בשלב זה נשתמש במקרה בוחר רביעי, העוסק בתלמיד תיכון בכיתה י"א שמתחזה לתלמיד אחר מכיתתו. המתחזה מפרסם בשם מושא ההתחזות ציורים ויוצר לו זהות אינטרנטית חלופית לזהותו האותנטית. יש קושי להשתמש בזכות קניינית על קהל האוהדים של מושא ההתחזות במקרה הזה, שכן לא ברור שהוא "צבר קהל". הדברים ברורים אף יותר במקרה שמדובר בילד אשר אינו מקובל מבחינה חברתית. ברור שלאותו אדם אין עדת מעריצים אשר ממתינים למוצא פיו, ואותו מתחזה משתמש בקניין זה. עם זאת, הדימוי של מושא

המתחזה לבין קהל העוקבים של מושא ההתחזות, האם מדובר בזכות עבירה וכו'. חרף האמור בהערת שוליים זו, אנחנו סבורים כי ראוי להעלות את פיתוח הזכות על הבמה הציבורית לדיון, ולו בתור תרגיל מחשבתי, אשר מסייע בהבנת הפתרון אשר יוצג בפרק הבא.

¹⁵² והשוו לביקורת על ההבחנה בין ידוענים ללא ידוענים, המובאת במאמרה של שור-עופרי, לעיל ה"ש 123.

¹⁵³ ראו Roberta Rosenthal Kwall, *Fame*, 73 IND. L. J. 1, 2 (1997).

ההתחזות מושפע מאוד מההתחזות (אף אם הדימוי אינו "נפגע" במובן הפשוט, נוצר לו דימוי חלופי).

אם כן, לדעתנו יש להמשיג זכות חדשה: הזכות לזהות ציבורית אותנטית. זוהי זכותו של אדם לשלוט בפעולותיו המשתקפות בפני הציבור. דהיינו, זוהי זכותו של הסטודנט ראובן שבפני הציבור תשוקף זהותו הציבורית האותנטית, ולא דווקא האופטימלית: ייתכן שהוא אינו החוקר המוצלח ביותר, אך זכותו להשתקף בעיני הציבור כפי שהוא בצורתו האמיתית. בהתאמה, זוהי זכותו של פרשן החדשות שאדם מהציבור יוכל לגבש את דעתו על דמותו הציבורית, בהתאם לפעולותיו האותנטיות. מכוח הזכות הזו מוטלים על השחקנים השונים המשפיעים על הדמות הציבורית של אדם הגבלות ביחס להתחזות אליהם. לכאורה ניתן לטעון שהפרשן השתקף בצורה אותנטית בעת שהעלו על הכתב את הגיגיו שפרסם בטלוויזיה. עם זאת, אחד מהמאפיינים של זהות אותנטית הוא עצם השימוש בפלטפורמת הטוויטר לביטוי. הפרשן בחר שלא לפרסם את התובנות הללו במסגרת הפלטפורמה הזו – וזוהי זכותו. כמובן, זוהי זכותו של הפרשן, ולא מדובר בהטלת חובה בצידה, להשתקף בצורה האותנטית ביותר. אין לכפות עליו לחשוף מידע על אודותיו, או לחייבו להשתמש ברשתות החברתיות כדי לסייע לציבור לגבש דעה עליו.¹⁵⁴

על אף הדמיון שהוזכר, לא מדובר בזכות קניין-רוחנית של אדם על דמותו הציבורית, והיא אינה עוסקת בזכות הכלכלית של האדם להרוויח מזהותו הציבורית, בדרכים למכור אותה, להוריש אותה וכדומה.¹⁵⁵ הבהרה זו חשובה על רקע תהליכי ההסחרה (קומודיפיקציה) שמתרחשים בתחומים שונים.¹⁵⁶ ג'ולי כהן כתבה כי כאשר אנו מתייחסים למידע על אדם כאל קניינו – סופו שייסחר בשוק. בהנחה שאנו מסכימים שהדמות המשתקפת ברשתות החברתיות משפיעה על דמותו, הרי שדמותו היא זאת שנסחרת בשוק. בכך נאפשר שליטה של אחרים בו.

אם כן, מדובר בזכות העומדת בפני עצמה, שעניינה עצם הגדרת קיומה של הנכס שהוא הזהות הציבורית. משום כך, לא נכון להגדירה באמצעות זכויות מקבילות, אף

¹⁵⁴ יש דמיון מסוים בין הצעתנו השלישית לבין הזכות לזהות מידע, כפי שאלעד אורג המשיג אותה לפני כ-12 שנים. אלא שאורג התמקד בזכות של אדם לתקינותם של מנגנוני המידע, המאפשרים לזהותו להתקיים בתודעת הזולת. הוא לא התמקד בהתחזות ברשתות החברתיות, אלא בכלל הממדים של זהות, כולל אלה המגינים מפני התחזות פלילית. אורג קרא במאמרו לכתיבה מקבילה לפיתוח הזכות ואנו נענים להצעתו, תוך הצעה לפיתוח קווים מקבילים שלה, לצד הרחבת ההצדקות והוספת האיזונים בינה לבין הזכות לחופש הביטוי בפרק הבא. עד כה הכתיבה על הזכות לא פותחה בפסיקה או בחקיקה, אך מהלך הטיעון שלנו בנוגע להצעה השלישית יונק השראה משמעותית מהמהלך שהוא ביצע במאמרו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 437.

¹⁵⁵ זאת בשונה מהזכות לפרסום, שנדונה לעיל בעמ' 15-16. ראו גם JULIOS C.S PINCKAERS, FROM PRIVACY TOWARD A NEW INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT IN PERSONA (1996).

¹⁵⁶ ראו למשל Katherine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, 9 (1997); YALE J. L. & FEMINISM 81, 90 (1996); Nancy C. Staudt, *Taxing Housework*, (1996); .84 GEO. L. J. 1571, 1573-75

כשאלה משיקות. עם זאת, כמובן שיש דמיון מסוים בין זכות זו לבין זכויות נוספות, ואלה יכולות לסייע כצינורות מושגיים והשוואתיים, לטובת קליטה רכה וחלקה של הזכות.

כך למשל הזכות משיקה לדיני "עשיית עושר ולא במשפט". כפי שכתבנו במסגרת ההצעה הראשונה, ניתן לומר שהמתחזה מפיק רווח במעשה ההתחזות, ובכך הוא מתעשר על חשבוננו. מבחינה מושגית אנו דנים במקרה ייחודי. ברוב הפעמים שבהן נעשה שימוש במוניטין של אדם אחר, המטרה היא למכור מוצר, ולגרוף רווחים באמצעות קצירת הפירות שמישהו אחר זרע במשך שנים. עם זאת, התועלת שהמתחזה מפיק בענייננו שונה. לא מדובר בהתעשרות ריאלית: הוא אינו מקבל שכר או טובות הנאה מוחשיות בעבור הפרסומים. יתרה מזו – הוא אף אינו מקבל דבר "בשמו", וקהל המאזינים מייחסים את רגשותיהם כלפי היצירה – לעבר מושא ההתחזות. המתחזה "שקוף" מבחינתם. הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, בכך שהוא מתעשר מבחינה "נורמטיבית", ולשם ההפשטה, הוא נהנה מסימוני ה"אהבתי" ומתשומת הלב אשר לה הוא זוכה. סביר כי אלמלא כן, הוא לא היה משחית את זמנו על פתיחת החשבון ופרסום הציוצים. עם זאת, גם דוקטרינה זו אינה חופפת לזכות שאותה אנו מציעים, שכן היא עוסקת ביסוד ההתעשרות, דהיינו במישור התוצאתני. מנגד, אנחנו סבורים שראוי יותר, הן מבחינה מוסרית, והן מבחינה משפטית, להתמקד בעצם המשגת נכס השליטה בדימוי הציבורי. הזכות כלל לא עוסקת ביסוד הכלכלי של השבת הרווח שנעשה על גב מושא ההתחזות, אלא בזכותו לשלוט בדמותו. זאת, בשל הקשר של הזכות לחירות כאי-תלות כפי שהתייחס אליה ריפטיין.¹⁵⁷ כמו כן, ניתן להתייחס לזכות לכבוד האדם (Dignity),¹⁵⁸ אשר ערכי יסוד רבים נגזרים ממנו. קיומה של הזכות הוא תנאי יסוד למימוש עצמי של היחיד, ולמימוש של קשרים ציבוריים ואישיים שיקיים בהתבסס על זהותו הציבורית.

בהקשר זה, קיים דמיון גם לזכות לאוטונומיה ולזכותו לכתוב את סיפור חייו, על כל המשמעויות הנגזרות מכך.¹⁵⁹ בשנת 1999, בפסק הדין אשר ניתן בעניין דעקה נוצר ראש נזק חדש, אשר קיים רק בשיטת המשפט הישראלית – פגיעה באוטונומיה.¹⁶⁰ עניין זה עסק בניחוח שבעקבותיו סבלה גב' דעקה מתופעה רפואית ("כתף קפואה"). בית המשפט קבע כי לא הייתה רשלנות בהחלטה לבצע את הניתוח. כמו כן, השופטים

¹⁵⁷ ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 40 לעיל.

¹⁵⁸ ראו למשל אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** 34-19 (2005); Orit Kamir, *Honor and Dignity cultures: The Case of Kavod and Kvod Ha-adam in Israeli Society and Law*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 231. ראו גם אורג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 440, אשר מתייחס גם לזכות לאישיות כמושג משפטי שפותח בספרות האירופית ועשוי להיות אכסניה משלימה לכבוד האדם.

¹⁵⁹ Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as an Object* (2000) 52; STAN L. REV. 1373 (2000); בירנהק, לעיל ה"ש 74, בעמ' 96.

¹⁶⁰ יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" **ספר שטרסברג-כהן** 465, 466 (אהרן ברק ואח' עורכים 2017).

דחו את הטענה להפרת חובת גילוי ולאי מתן הסכמה מדעת, שכן לא בוסס קשר סיבתי: השופטים קבעו שהתובעת הייתה מסכימה לניתוח גם לו קיבלה הסברים על הסיכונים שהיו צפויים. עם זאת, לאור העובדה שהיא לא קיבלה את ההסברים מראש, נקבע שהיא זכאית לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בסך של 15 אלף ₪.¹⁶¹

כידוע, המונח "אוטונומיה" הוא מונח עמום. ניתן לצקת לתוכו משמעויות רבות ותפקידים מגוונים, אך המוטיב שחוזר על עצמו בין שלל ההמשגות הללו, עוסק במרקם היחסים שבין פרטים לבין הפעולות שלהם, ובין הפעולות שלהם לבין מערך העדפויותיהם. למשל, בהקשר של הזכות לקניין (הנפרדת מהזכות לאוטונומיה), הסבירה טליה פישר כי סוכן ייחשב אוטונומי אם פעולותיו עולות בקנה אחד עם העדפותיו, ואם העדפותיו הן פרי בחירה שלו.¹⁶² חנוך דגן מדגיש את תפיסת החירות החיובית, שמעלה על נס את אפשרויות הבחירה האפקטיביות. זאת להבדיל מהתפיסה השלילית שממשיגה אוטונומיה אך במונחים של היעדר התערבות חיצונית. פישר צועדת בכיוונו של דגן, ומדגישה את הזכות שלא לבחור לבצע פעולות בקניין הפרטי: "סיפור חיינו הוא תולדה לא רק של הבחירות שאנו בוחרים; לא פחות מכך הוא תולדה של הבחירות וההכרעות שאנו נמנעים מעשות – של הזהות הסותרת לפרקים שמאפיינת אותנו".¹⁶³ דהיינו, האפשרות להימנע מלעשות גם דברים שהחברה הייתה מצפה מאיתנו לעשות בקניין שלנו, כמהלך משלים של מעשים קודמים שלנו.

לשיטתנו, ניתן למצוא אחיזה בדבריה של פישר בהקשר הנדון, אף כי ישנו הבדל בין הצעתנו לבין דבריה. שכן, כתיבתה של פישר התמקדה בזכות לקניין פרטי, והצביעה על מאפיין חשוב של זכות זו, אשר קשור באוטונומיה של הפרט להימנע מביצוע פעולות מסוימות בקניין זה. אלא שאנחנו הולכים צעד אחד נוסף בכיוון זה, אף במנותק מהזכות לקניין. בענייננו לא מדובר בשליטה של אדם במשאב רגיל, אלא בשליטה בדימוי שלו ובהזדמנויות שנגזרות מכך. לשם ההמחשה, נשוב למקרה הבוחן שהובא לעיל ועסק בחשבון המתחזה לפרשן המפורסם, אשר מפרסם במסגרת הפרופיל אך ורק ציורים המבוססים על דברים שאמר הפרשן במהדורה המרכזית. לכאורה יכול המתחזה לומר שמדובר בדברים שהפרשן אמר בכל מקרה, והוא אך מנגיש אותם למשתמשים בפלטפורמה אחרת, והוא אף עושה זאת בשמו של הפרשן. עם זאת, הפרשן לא בחר להעלות אותם על הכתב ולפרסמם בטוויטר.

כמו כן, נשוב ונדגיש כי הזכות לאוטונומיה אינה מתאימה לטיפול בענייננו, שכן הפרשן עצמו לא ביצע דבר באופן אקטיבי – לא נפגעה האוטונומיה שלו, ולכן זו רק "מעין פגיעה באוטונומיה". הוא יכול היה לנהוג כאוות נפשו, אך עם זאת – לא הייתה לו שליטה בדמותו הציבורית. דהיינו, בעוד שאוטונומיה עוסקת בזכות על משאב פיזי, זכות האדם להפעיל את גופו כרצונו (הימנעות מכפייה של פעולות עליו ומתן אפשרות לבצע באמצעות גופו פעולות מסוימות) – הזכות לזהות ציבורית אותנטית עוסקת

¹⁶¹ ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).
¹⁶² טליה פישר "על ריבוי מוסדות קנייניים ואוטונומיה: מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין' פורום עיוני משפט מה 6 (2021).
¹⁶³ שם, בעמ' 7.

במשאב שאינו פיזי, בזוהת האדם ברשת. ייתכן שהוא לא רצה להיות מזוהה כאדם שפעיל בטוויטר, או כאדם שמתלהב יתר על המידה מרעיונותיו עד כדי פרסומם.¹⁶⁴ ייתכן שכלל אין פגיעה במעמדו בעצם הפרסום, אבל עלינו להותיר לו לבחור כיצד הוא רוצה לנהוג בדמותו הציבורית.¹⁶⁵

כפי שכתב ויליאם פלסטינר, חשיבות המשגת הזכות הוא בראש ובראשונה בעצם ה"שיום" של הערך המוגן, המגביר את המודעות אליו ומאפשר הגנה עליו בכלים משפטיים.¹⁶⁶ בנוסף לכך, בהכללה, קיימים שני סוגים של תיאוריות המצדיקות זכויות "קיימות": תיאוריות המדגישות את החשיבות הפנימית של הערך שעליו הזכות מגינה, המכוננות "טבעיות". ותיאוריות "מכשירניות", המעלות על נס את הקשר שבין הערך המוגן על ידי הזכות, לבין מימוש ערכים אחרים.¹⁶⁷

הצדקה טבעית ראשונה היא בהתאם לגישה שטבע הגל, שעמד על הקשר הדו-צדדי שבין אישיות לבין זכות. מחד גיסא, קיומה של אישיות הוא תנאי בלעדיו אין לקיום זכויות; ומאידך גיסא, הזכות מוצדקת במקרה שהיא מגינה על התנאים לקיום אישיות.¹⁶⁸ כך למשל הסביר הגל את הרציונל העומד מאחורי הזכות לקניין – באמצעות משאביו החיצוניים, דהיינו נכסיו, האדם מבטא את אישיותו הייחודית. לפיכך, כל עוד לאדם אין קניין, האדם אינו "קיים" כיוון שהוא אינו יכול לבטא את עצמו.¹⁶⁹ כפי שצינו ביחס לקשר בין הזכות לבין כבוד האדם, קיומה של זוהת ציבורית אותנטית, הוא זה שמאפשר קיום מלא של אישיות. קיום זה הוא תנאי יסוד למימוש עצמי של היחיד, ולמימוש של קשרים ציבוריים ואישיים. הגל הדגיש שהצדקה חזקה

¹⁶⁴ לשם המחשת רעיון זה כדאי לחשוב על החשבון שמתחזה לח"כ גפני, בהתעלמות רגעית מכך שהמאמר ממעט לעסוק בפוליטיקאים בשל מאפייניהם המשפטיים השונים – ככל הנראה יש סיבה שהוא בחר שלא להשתמש בכלי של הרשתות החברתיות לטובת הקשר עם תומכיו. יש משום אמירה בעצם השימוש ברשת החברתית.

¹⁶⁵ כמו כן, קיים דמיון בין הזכות המוצעת לבין "הזכות להתנגד לשיוך שקרי" (the right to object to false attribution), שנחשבת לזכות מוסרית ותיקה במשפט האנגלי, ראו CDPA 1988, s. 84. הזכות היא הצד המשלים ל"זכות להורות" (attribution right), המעוגנת בישראל בס' 46 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007; ראו גם טוני גרינמן זכויות יוצרים 826-827 (מהדורה שנייה 2008). הזכות להורות מזכה את המחברים בכך ששם יופיע על יצירה שיצרו, בעוד שהזכות להתנגד לשיוך שקרי מספקת למחברים את הזכות ששם לא יופיע על יצירה שלא יצרו להרחבה ראו בנטלי ושרמן, לעיל ה"ש 108, שם. אולם, בעוד שהרציונל בבסיס הענקת הזכויות המוסריות הוא הוקרת היוצר כממציא היצירה, כחלק משיטת התמריצים שמעניקה הגנת זכויות היוצרים, הצעתנו עוסקת בהכרה בכך שהזהות האינטרנטית הפכה לחלק מזהותו של האדם ולכן הוא רשאי לשלוט בה.

¹⁶⁶ William L.F Felstiner et al., *The emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming and Claming*, 15 L. & Soc. Rev. 631 (1980); ראו גם אורג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 428.

¹⁶⁷ HOWARD DAVIS & DAVID HOLDCROFT, JURISPRUDENCE: TEXTS AND COMMENTARY RIGHTS, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY ;230-32 (Butterworth & Co.1991) (Dec. 19, 2005), <https://tinyurl.com/2by7b9d6>; אורג לעיל ה"ש 6, בעמ' 427.

¹⁶⁸ הגל, הפילוסופיה של הזכות, לעיל ה"ש 106.

¹⁶⁹ הגל, יסודות הפילוסופיה של הזכות, לעיל ה"ש 106.

של זכות תממש כשהיא מאפשרת מעבר של האישיות מן הממד הפנימי אל הממד החיצוני, הציבורי.¹⁷⁰

קיומה של זהות ציבורית אותנטית מאפשר ביטוי חיצוני של האישיות, גם אם לא במובן הפיזי בתודעה של הציבור, החיצוני לאדם. יתרה מזאת, בפן העמוק, היעדר קיום אותנטי בתודעה של אחרים, עלול לפגוע בגיבוש הפנימי של האישיות הפנימית. שכן גם זו מושפעת מקיום אינטראקציות עם גורמים חיצוניים, ומאישורים חיצוניים כלפי פעולותיו. במילים אחרות – אם הדמות הציבורית שמשתקפת כ"אני", איננה אני – מי אני באמת.¹⁷¹

רדין, שהושפעה מתורתו של הגל, הציעה תאוריית אישיות משלה, לפיה סוגי קניין עשויים להוות חלק מאישיותו של האדם הואיל והם מהווים חלק מהתפיסה של אדם כלפי עצמו.¹⁷² האדם מתעצב בהדרגה על בסיס החוויות שחווה והתנסויות העבר, ובשל כך, ככל שמשאב קנייני מסמל בעבור האדם חוויה הקרובה יותר לאישיותו, כך האובדן של אותו משאב עלול לגרום ל"כאב שלא ניתן לריפוי".¹⁷³ עוצמת הקשר שבין האדם למשאב נעה על פני רצף, המשתרע בין קניין אישי הממוקם ביחסי קרבה מתמשכים עם אישיותו, לבין קניין בר-חליפין שהחזקה עליו אינסטרומנטלית בלבד. לפי רדין, קניין אישי יצדיק הגנה משפטית מיוחדת כאשר יוכח שלקשר המיוחד יש גם ערך חיובי אובייקטיבי. ההבדל בין גישתה של רדין לבין גישתו של הגל הוא שבעוד שהגל התבסס על התגלמות הרצון של האדם בקניין כצעד ראשון והכרחי במעבר מאוטונומיה מופשטת לעבר פיתוחו המלא כאדם מוסרי, האדם של רדין הוא גשמי לכתחילה, המתפתח באמצעות קשריו עם הסביבה החיצונית כחלק אינטגרלי ממשאבו.¹⁷⁴ בימינו, ברי שהזהות האינטרנטיית של האדם היא חלק מובנה מזהותו של אדם, אשר משתמש בפלטפורמה הדיגיטלית כדי לשתף עם עוקביו את רגשותיו ותחושותיו.¹⁷⁵

ההצדקה השנייה היא האנושיות, מתורתו של קנט. לשיטתו, שמירה על צלם אנוש היא מטרה בפני עצמה, והיא אינה אמצעי בעלמא להשגת תכליות אחרות.¹⁷⁶ האדם הוא דמות מורכבת מכדי שאדם אחר יוכל לצקת לה תוכן באופן עצמאי. כאשר

170 שם, בס' 39 ו-41.

171 ראו למשל Dianne M. Tice & Harry M. Wallace, *The Reflected Self: Creating Yourself* (2003) 90-93 in *HANDBOOK OF SELF AND IDENTITY* as (you think) Others See You, וכן ראו את המקורות אליהם מפנה אורג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 443.

172 Margaret J. Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982).

173 שם, בעמ' 959. דוגמאות לנכסים הקרובים לאישיותו של האדם הם טבעת נישואין, דיוקן של דמות קרובה לליבו, נכס שקיבל בירושה, בית מגורים.

174 ראו אורה בלום מודלים של בעלות חלקית מנקודת המבט של הפרט, התאגיד והקהילה 72 (נייר עבודה – GG6/2013, המרכז הבינתחומי הרצליה 2013).

175 לעיתים קיים גם פן מסחרי בשימוש ברשת, כיוון שהפלטפורמה עשויה לשמש במה עברו להציע את שירותיו. אולם, לרוב אין אפשרות להבחין בין החלק המסחרי לבין החלק האישיותי בפלטפורמה.

176 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות (יהודה מלצר עורך, חנן אלשטיין מתרגם 2010).

מתייחסים לדמותו של הפרשן בהתבסס על דיווחים טלוויזיוניים, ומעבירים זאת למסגרת של הרשת החברתית, הוא הופך לכלי, לפרשן בלבד – דמות שתפקידה לספק הגיגים פוליטיים. דווקא ברשתות החברתיות, הקהל עשוי לצפות לפגוש צדדים אחרים של אותו פרשן, והמתחזה מרדד את דמותו.

מההיבט המכשירני, ניתן להצדיק את הזכות כמקדמת **יעילות חברתית**. בפשטות, אם לוי ישקף את דמותו בצורה אותנטית, הרי שהוא מגן על נכונותו של המידע לגביו. אם כן, אנשים שיקבלו החלטות שיבוססו על מידע זה, יקבלו החלטות נכונות יותר. זאת, בהתבסס על ההנחה הרציונלית, לפיה מידע מוביל לקבלת החלטות מושכלת יותר.¹⁷⁷

ה. קביעת משקלה של הזכות והסעד המתאים

אנו סבורים ששלוש הזכויות שהוצעו לעיל נפגעות במקרים שבהם "המשתמש הסביר" בטוויטר, יטעה לחשוב שמדובר במושא ההתחזות, בעת חשיפה ראשונה לחשבון המתחזה. לרוב חשיפה זו תיעשה בעת פרסום של ציוץ שזוכה לחשיפה גבוהה. זאת כיוון שזהו המצב שישפיע על הדימוי הציבורי של האדם, המונח הן בלב הזכות לפרטיות בגרסתה הרחבה שהצענו, והן בלב הזכות לזהות ציבורית אותנטית. אחרת, הדימוי לא יפגע והמשתמשים לא יערכו קישור בין מחשבותיהם על הדמות לבין הפרסום. גם באשר לזכות הקניין רוחנית על הבמה הציבורית, קהל האוהדים יעמיק בפרסומים האמורים, אך במקרים שבהם הוא מייחס אותם לדמות עצמה. בשאר המקרים, שבהם אין חשש להטעיה והמסר ממסוגר בצורה ברורה כלא-אותנטי, ניטה למצט בהגבלת חופש הביטוי, מחמת חשיבותו.¹⁷⁸

בעת עריכת איזון מול זכות אחרת, נעניק משקל לכל זכות בהתאם לאופייה העקרוני.¹⁷⁹ לדעתנו, בעת עריכת איזון בין זכויות, ובפרט בעת בחירת הסעד המתאים,

¹⁷⁷ נציין כי ישנן דעות בספרות החולקות על הנחה זו. לפי דעות אלה, דווקא ריבוי האפשרויות גורם לבלבול ולפחד מפני פספוס האפשרות האופטימלית, עד כדי מניעה של קבלת החלטה נכונה. עם זאת, רוב ההוגים סבורים שכמות מסוימת של מידע עדיפה על פני היעדר מידע או על מידע שקרי. ראו למשל Thomas C. Schelling, *An Essay on Bargaining*, AM. ECON. REV. (1956); THOMAS C. SCHELLING, *THE STRATEGY OF* ;*Bargaining*, AM. ECON. REV. (1960).

¹⁷⁸ ראו קמפיין שוקה, לעיל ה"ש 65, בפס' 20 לפסק דינו של השופט עמית וכן עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 866.

¹⁷⁹ RONALD M. DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 24-25 (1977). דוורקין מבחין בין כלל לבין עיקרון. כלל הוא בינארי, דהיינו אם הוא חל על המקרה, הוא קובע את התוצאה; ואילו אם אינו רלוונטי, אז גם אינו מועיל. לעומת זאת, עקרון אינו מתייב אוטומטית את התוצאה, אלא משפיע על התוצאה המשפטית, בהתאם למשקל שמעניקים לו (בשקלול יחד עם יתר העקרונות הרלוונטיים). בשל כך, עקרון דורש הפעלת שיקול דעת לטובת האיזון בין העקרונות השונים.

המסגרת התיאורטית המתאימה לעיסוק בסוגייה, היא גישת "צדק ביחסים".¹⁸⁰ התיאוריה פותחה על ידי חנוך דגן ואביחי דורפמן, אשר עמדו על היחס שבין זכות מהותית שנפגעת לבין התרופה מבית המשפט. לדידם, הסעד שנפסק נדרש לבטא את הפגיעה בזכות שנפגעה, אך יחד עם זאת, בית המשפט נדרש לשקול שיקולים המשקפים את מערכת היחסים הספציפית שבין הצדדים לסכסוך. בבסיס הגישה מונחות המחויבויות הליברליות הבסיסיות להגדרה עצמית ולשוויון מהותי. כך, בבואו לפסוק סעד, על בית המשפט לבחון אם הצדדים נכנסו לסכסוך באופן וולונטרי, את ההפסד שנגרם לתובע הספציפי, את הרווח של הנתבע הספציפי, ולבסוף, כיצד הסעד ישפיע, אם בכלל, על צדדים אחרים, המצויים מחוץ לסכסוך. אם כך, יש לשקול שיקולים הנוגעים לצדק ביחסים, מחויבות לאוטונומיה של האדם ושוויון מהותי. אנו סבורים כי זו הגישה הנכונה לטפל בתופעה, בשל ההתנגשות שהיא גוררת אל מול הזכות החשובה לחופש הביטוי. כיום זכות זו זוכה למעמד גבוה, אשר מותיר חלל משמעותי שאינו מטופל במסגרות הקיימות. גישת צדק ביחסים מאפשרת להכניס לתוכני המשפט הפרטי את היחסים המורכבים בין הצדדים ולהתחשב בנסיבות השונות, כדי לאתר פתרון מתאים לתופעה. מבחינה אנליטית, המקום הנכון לבחון את השיקולים הוא לאחר שיש הכרה בפגיעה בזכות, ולא בשלב המשגת הזכות. זאת, כיוון שהתיאוריה מייצרת הפרדה אקוסטית בין הזכויות לבין הסעדים שנגזרים מהם. על כן, להלן נסקור רשימה לא ממצה של מבחנים ששקולו שלהם יסייע בשלב ההכרה בפגיעה בזכות. רשימת המבחנים נבנתה לאור מאפייניה של רשת טוויטר (בהתאם למקרה המבחן אשר מלווה את המאמר), אך למותר לציין כי היא ניתנת להתאמה לרשתות חברתיות אחרות, באמצעות עריכה של התאמות נקודתיות.

1. אותנטיות ההתחזות – האם נפגעה הזכות?

מטרת המבחן לבחון האם משתמש סביר יטעה לייחס את התוכן לאדם שאליו מתחזים, או שברור לו שמדובר בחשבון מתחזה. הקריטריונים שיובאו להלן כוללים חלק ניכר מהרכיבים של חשבון טוויטר, אולם משקלם אינו זהה והוא ישוקלל בהתאם לבולטות שלהם לעין המשתמש, בעת חשיפה ראשונה לחשבון המתחזה (כאמור, לרוב באמצעות ציוץ שזוכה לחשיפה גבוהה).

(א) שם המשתמש

כל חשבון ברשתות החברתיות מזוהה בראש ובראשונה באמצעות שמו. מדובר בנתון החשוב ביותר, שמאפשר למשתמש, אשר צורך תוכן באמצעות הרשת החברתית,

¹⁸⁰ Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Substantive Remedies*, 96 NOTRE DAME L. REV. 513, 542-545 (2020) (להלן: דגן ודורפמן, "תרופות סובסטנטיביות"); ראו גם חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307 (2019) (להלן: דגן ודורפמן, "צדק ביחסים").

לשייך את התוכן לבעליו. השם מופיע בראש הפרסומים של החשבון ב"פיד", וכן בראש עמוד הפרופיל של החשבון (שמאגד את כלל פרטיו וציציו). לעיתים, החשבונות שאינם אותנטיים כוללים כבר בשם שלהם רמז להיותם כאלה (בהתאם לכללי הקהילה של טוויטר).¹⁸¹ עם זאת, כפי שהראנו בתחילת המחקר, פעמים רבות הרמז נעדר מחשבונות המתחזים,¹⁸² וקיים חשש שהמשתמש הסביר יטעה ויחס את התוכן למפורסם, מתוך הנחה שזה החשבון שלו.

בדומה לרשתות חברתיות אחרות, בטוויטר קיים מנגנון אימות פנימי של חשבונות, אשר מזכה בהוספת סימן v בצבע כחול לצד שם המשתמש. לשם קבלת הסימן, יש להוכיח כי החשבון אותנטי; שייך לדמות ציבורית; ובעל נוכחות ברשת (Notable), דהיינו פעיל וזוכה לתהודה גבוהה.¹⁸³ המנגנון נועד למנוע ולהפיג את החשש שמדובר בחשבונות שנועדו לתרמיות או להפצת "חדשות כזב" ברשת. מנגנון זה צובר תאוצה לאחרונה, וטוויטר הצהירה שהיא תפתח את הכלי אף יותר, כך שהוא יכלול גם שיוך לקטגוריות שונות: חשבונות ממשל, חברות ומותגים, עיתונאים וארגוני חדשות, בידור, ספורט וכן פעילים ומשפיעים חברתיים.¹⁸⁴ אנו סבורים שהנזק מהתחזות למשתמש ברשת אשר ידועה במנגנון האימות שלה של משתמשים בעלי חשיבות ציבורית, דוגמת טוויטר, פחות מהתחזות ברשת שאינה כוללת מנגנון כזה. עם זאת, חשוב לציין כי הדרישה להיותה של הדמות "ציבורית" במובן ה"ידועני" של המילה, כדי לקבל את הסימן המאמת, אינו מאפשר לאדם מן היישוב לקבלו. לכן, הסימון יוכל להגן רק על ידוענים מפני התחזות.

כיוון ששם המשתמש הוא הנתון הבולט ביותר לעין המשתמש, כשהוא נחשף לציפון מטעם החשבון, יש להעניק לו משקל גבוה מאוד.

(ב) תמונת הפרופיל ותמונת הרקע

כל משתמש בטוויטר רשאי להוסיף תמונת פרופיל המתפרסמת לצד ציוציו, וכן בעמוד הפרופיל שלו. במקרים שבהם נעשה שימוש בתמונה רשמית של המפורסם, הדבר עלול להטעות את המשתמש הסביר, שיחשוב שמדובר בחשבון אותנטי. מנגד, הוספה של תמונה שאינה מחמיאה או מכבדת, עשויה לשמש תמרור אזהרה בעל משקל רב, שיאפשר למשתמש להבין שמדובר בחשבון לא אותנטי. מדובר בנתון בולט, ובשל כך נעניק לו משקל גבוה.

¹⁸¹ ראו למשל פייק ריקלין (@FakeRiklin) טוויטר <https://twitter.com/FakeRiklin>; פייק הדס שטייף (@FakeHadasShtauf) טוויטר <https://twitter.com/FakeHadasShtauf>.

¹⁸² ראו למשל מרים נאור (@NaorFake) טוויטר <https://twitter.com/NaoFake>.

¹⁸³ How to get verified on Twitter, TWITTER, <https://tinyurl.com/en9x3pfr> (last visited Jul. 31, 2021).

¹⁸⁴ נבו טרבלסי "טוויטר חוזרת לאמת חשבונות. איך תוכלו לקבל את הוי הכחול? גלובס <https://tinyurl.com/y654wt4v> (20.5.2021).

המשתמש רשאי להוסיף גם תמונת רקע, אשר תופיע בעמוד הפרופיל שלו. כיוון שתמונה זו פחות בולטת ומצריכה כניסה אקטיבית לעמוד הפרופיל, נעניק לקריטריון זה משקל בינוני.

(ג) ה"כינוי" המשמש לצורך תיוג ("Handle")

בטוויטר, מלבד שם המשתמש, מתחת לשם החשבון, מופיע הכינוי שלו, המיועד לצורך תיוג. בחירת הכינוי נעשית על ידי בעל החשבון, וכאשר מדובר בחשבון לא אותנטי, לעיתים במרכיב זה יופיע רמז לכך שמדובר בחשבון מתחזה (כגון הוספת המילה Fake לצד הכינוי של החשבון). משום שמדובר בנתון יחסית בולט, יש להעניק לו משקל גבוה יחסית, אך נמוך מזה שאנו מציעים להעניק לשני הקריטריונים הקודמים.

(ד) פרטי הפרופיל ("bio")

בעמוד הפרופיל של חשבון הטוויטר, מתחת לשם החשבון, יכול המשתמש להוסיף מילים אחדות המתארות אותו בקצרה בפני העוקבים אחריו. על פי רוב, מדובר במעין תקציר, שמאפשר לשאר המשתמשים להבין מי הוא בעל החשבון, עיסוקו ותחומי העניין שלו. בחלק זה, ישנם חשבונות מתחזים שמציינים בצורה מפורשת שמדובר בחשבון מתחזה. בפעמים אחרות, משפטי הרקע מנוסחים בצורה סאטירית מובהקת, שרומזים לכך שהפרופיל אינו אותנטי. מנגד, לעיתים החשבונות מכילים מידע אישי אמיתי של הדמות, ובכך עלולים לבלבל את המשתמש הסביר. מדובר בנתון שאינו בולט לעין של המשתמש הסביר: על מנת להיחשף אליו, המשתמש נדרש להיכנס לתוך הפרופיל של החשבון. לדעתנו לא מדובר בפעולה אינטואיטיבית שהמשתמש הסביר יעשה כשהוא נחשף לציין "ויראלי", כדי לאמת את זהות מחברו. בשל כך, משקלו של קריטריון זה יהיה נמוך.

(ה) סגנון ואופי הציוצים

מבחן זה עוסק בתוכן של ציוצי החשבון (בשונה משאר המבחנים, אשר נוגעים בעיקר לנתוני המסגרת שלו). יש להבחין בין חשבונות אשר מתאפיינים בציוצים שדומים לסגנון הדיבור של המפורסם, לבין כאלה שנוקטים סגנון היתולי ומוגזם. כך לדוגמה, כאשר חשבון המתחזה לדמות ייצוגית, כמו עובד ציבור בכיר, משתמש בשפה שאינה ראויה, אמינות החשבון נפגעת משמעותית ועקב כך החשש להטעיה נחלש. כך גם ביחס לאמירה שנראית מנוגדת לחלוטין לעמדה המקצועית או הפוליטית של המפורסם, ברמה שקשה להאמין שהיא מיוחסת לו.¹⁸⁵ מדובר בקריטריון חשוב שנייחס לו משקל גבוה.

(ו) מבחן הנסיבות

מדובר במעין "מבחן סל", אשר מאפשר לבתי המשפט להתחשב בשיקולים נוספים שאינם מנויים, תוך בחינה של הנסיבות המיוחדות של אותו מקרה. כאמור לעיל, השימוש בכלי זה אינו חדש, והוא אומץ בתחומים שונים.¹⁸⁶ מטרתו להתאים את המבחנים הכלליים הקודמים שעליהם עמדנו, לנסיבות המקרה הספציפי העומד בפנינו. כך למשל, קשה להאמין שרב מפורסם, דוגמת הרב קנייבסקי יפתח חשבון טוויטר ויכתוב בו ציוצים הנוגעים לספורט. האפשרות שצרכן סביר שיראה ציוץ המתיימר להיות שלו ישתכנע בכך, נראית קלושה. על כן, במקרים רבים לקריטריון זה יהיה משקל גבוה מאוד.

למען שלמות התמונה, נציין כי בחרנו שלא לכלול בקריטריונים את כמות הציוצים שמפרסם החשבון, תדירותם וכן את כמות העוקבים אחר החשבון. הסיבה שבחרנו להדירם היא שהתועלת שלהם לצורך הבחנה אינטואיטיבית בין חשבון אותנטי לבין חשבון מתחזה פחותה משמעותית מאלה שמנינו.

2. סוג הפגיעה – עד כמה נפגעה הזכות?

יש הבדל מהותי בין "הכנסה של רעיונות לפה" של מושא ההתחזות, כפי שנעשה במקרה הבוחרן שעוסק בהתחזות לבוגר תכנית הריאליטי, אשר משתמשים בדמותו לקידום מטרת שהוא לא התבטא ביחס אליהן; לבין העלאה על הכתב של דברים שנאמרו במסגרת פלטפורמה אחרת, דוגמת מקרה הבוחרן שעסק בפרשן החדשות. אין ספק כי בשני המקרים קיימת פגיעה. אך בעוד במקרה הראשון משובשת הזהות

¹⁸⁵ ראו למשל Real Fake Donald Trump (@RealFakeDon) טוויטר (22:48 13.1.2020) <https://twitter.com/RealFakeDon/status/1216824374486896641>.

¹⁸⁶ כך למשל, לצורך ההבחנה בין הכנסה פירותית לבין הכנסה הונית בדיני מיסים, ביהמ"ש השתמש במבחן הנסיבות כאל "מבחן על", ראו ע"א 9187/06 מגיד נ' פקיד שומה פתח תקוה (נבו 16.3.2009); ע"א 9412/03 חזן נ' פקיד שומה נתניה, פ"ד נט(5) 538 (2005).

הציבורית, ומוחצנים מאפיינים שאינם קיימים בזהות האותנטית, במקרה השני מדובר בהחצנה של מאפיינים אותנטיים שקיימים בזהות האדם. כמו כן, אנו חושבים שיש להעניק משקל מסוים לאופי פעילותו האינטרנטית של האדם שאליו מתחזים. כשמתחזים לאדם שנעדר כל פעילות אינטרנטית, הרי שהדבר מייצר מאפיין חדש בהתנהלותו הציבורית. עד כה הוא לא התאפיין בפעילות כזו, וכעת מבחינת הציבור הוא הפך ל"פעיל ברשת טוויטר". זאת, ללא קשר לתוכן הציוצים שלו. מנגד, במקרים שבהם מושא ההתחזות מפעיל חשבון אחר ברשת, וכעת נפתח פרופיל חדש המתחזה לו – מדובר בשינוי התוכן המצוי תחת המאפיין, אך לא ביצירה של מאפיין חדש. בהתאם לעקרונות של גישת צדק ביחסים (אשר יורחבו גם להלן), בעת ההפעלה של מבחן זה, יש להתחשב גם בתועלת של הפוגע ובחסרון הנגרם למושא ההתחזות, בשל ההתחזות.

3. סוג הדמות שאליה מתחזים – שיקולים שמקלים על פגיעה בזכות

מדובר במבחן המשלים את המבחן הקודם, אשר יש ביניהם ממשקי חפיפה רבים. בשלב הזה הבחירה בזכות שבאמצעותה נגן על מושא ההתחזות, תשפיע למשל על החיסרון שנגרם לו: אם יפותחו זכויות שעוסקות בדימוי הציבורי של אדם (הזכות לפרטיות והזכות לזהות ציבורית אותנטית), יש להתחשב גם במגוון האמצעים המקבילים שיש בידי מושא ההתחזות כדי לקבוע את זהותו הציבורית. קיים הבדל משמעותי בין פרשן טלוויזיה, אשר מופיע בכל יום במהדורת החדשות הנצפית ביותר בישראל, ובאמצעותה הוא יכול לקבע מאפיינים רבים של דימויו, לבין בוגר תכנית ריאליטי, אשר נעדר במה קבועה, ועיקר החשיפה שלו שתלויה בכיצועיו כבר שודרה. גם האחרון הוא דמות מוכרת, אך הוא חסר במה עדכנית שתאפשר תיקון של הדימוי שלו במקרה של פגיעה.¹⁸⁷

כמו כן, כפי שציינו לעיל, קיים הבדל בין הקורבנות גם באשר למיקומם על מדרג סוג המשרות הציבוריות: אינה דומה ההגנה שנעניק לנבחר ציבור בהקשר הזה, להגנה שתניתן לעובד ציבור ממונה, ולאזרח פרטי. בהקשר הזה נביא בין היתר את מאפייני הזכות שמאזנים אל מול הזכות שנפגעת בגין ההתחזות. בהקשר הזה, ייתכן שיש לייחס מעמד מיוחד גם לדמויות בעלות משמעות ציבורית, על אף שאינם עובדי ציבור – דוגמת עיתונאים. מבחינה מסוימת, גם הם בחרו לעסוק במקצוע שנושא בחובו כוח רב, לצד מילוי של תפקיד חשוב בדמוקרטיה.¹⁸⁸

¹⁸⁷ בהקשר הזה, ניתן אף לומר שפרשן החדשות נהנה מבמה שהרגולציה עליה מופחתת – מוקצות לו מספר דקות בכל מהדורה, שמסגרתן הוא מדבר בשידור ישיר על מחשבותיו. מנגד, בוגר התוכנית היה נתון לעריכה של דבריו במסגרת תוכנית מוקלטת שהוא לא יכול לצפות בה מראש.

¹⁸⁸ ראו למשל חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר **עברות נגד המשטר** 105-106 (מחקר מדיניות 70, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2008); יצחק זמיר "העיתונות הכתובה – כוח וביקורת"

4. קביעת הסעד המתאים

כאמור, אנחנו סבורים שהתיאוריה המתאימה להתבוננות בתופעה המתוארת במאמר היא צדק ביחסים. כאמור, בעת פסיקת הסעד בית המשפט נדרש לבחון האם הצדדים נכנסו לסכסוך באופן וולונטרי, את ההפסד שנגרם לתובע הספציפי, את הרווח של הנתבע הספציפי, ולבסוף, כיצד הסעד ישפיע, אם בכלל, על צדדים אחרים, המצויים מחוץ לסכסוך. אם כך, יש לשקול שיקולים הנוגעים לצדק ביחסים, מחויבות לאוטונומיה של האדם ושוויון מהותי.¹⁸⁹

שיקול ראשון אשר ישפיע על הסעד הראוי הוא שיקול הבחירה הוולונטרית. כשאדם מכניס את עצמו לסיטואציה שבה הוא עלול להינזק, או שהוא קבע בחוזה מה יהיו תנאי האינטראקציה שהוא מקיים עם אחר, על בית המשפט להתייחס לזה בבואו לפסוק סעד. כך, אדם שבוחר לעסוק בתחום הפוליטי, נוטל סיכון מודע שהוא עלול "לזכות" לחיקויים בתוכניות סאטירה משודרות, לביקורות מושחזות ובעיקר להיות חשוף לעין הציבור באופן תמידי. כל אלה הם שיקולים שעליו לשקול בעת כניסה לחיים הפוליטיים. במידה פחותה מכך, גם אדם שבוחר לשרת במשרה ציבורית ממונה, יודע שגם הוא עשוי למצוא את עצמו בעין סערות ציבוריות באופן מוגבר לעומת אדם שעוסק במקצוע במגזר הפרטי. זאת כיוון שהחלטותיו משפיעות על הציבור, לרוב ביחס ישיר לרמות המשרה ובכירותה. על כן, ההגנה עליהם מפני חופש הביטוי של אנשים אחרים תהיה פחותה יותר – הם בחרו להיכנס לסיטואציה שהזמינה את תשומת הלב.¹⁹⁰ מנגד, כאשר תלמיד תיכון בוחר לפתוח חשבון מתחזה לדמות מהכיתה שלו, חופש הביטוי שלו יהיה מוגבל ביחס לזכויות שיעמדו לאותו מושא התחזות. זאת, כיוון שמושא ההתחזות לא בחר להיכנס לסיטואציה שבה הוא עלול להתנגש בחופש הביטוי של אדם אחר. בהקשר של התופעה שבה אנו עוסקים, יש חשיבות מיוחדת לשיקול הבחירה, שכן אחת הפגיעות המשמעותיות שסקרנו לעיל, היא בזכותו של אדם לממש את האוטונומיה שלו, ולכתוב את סיפור חייו, כתוצאה מההתחזות.¹⁹¹

השיקול השני הוא **חסרונו של התובע** (כאמור, לאו דווקא במובן הכלכלי-ריאלי, אלא אף במובן של אי-התלות שלו באחר). ככל שהחסרון גדול יותר, ולא ניתן לריפוי

משפט וממשל 179, 183 (2001); וראו גם דברי הנשיא ריבלין בחנוכת משרד מבקר המדינה "בקרית הלאום נחנך משרד מבקר המדינה במעמד נשיא המדינה ויו"ר הכנסת" **מבקר המדינה ונציג תלונות הציבור** (<https://tinyurl.com/jfz4ur9r>) (12.11.2015). והשוו גם יצחק בומבך ודן בומבך "מינוי, בחירה ובכירות: על מקומו של סיווג התפקיד בעת הדחה שיפוטית של בכיר בשירות הציבורי" (צפוי להתפרסם).

ראו את ההפניות שהובאו לעיל בה"ש 180.

ההלכה המנחה בהקשר זה נקבעה בע"א 89/04 **נודלמן נ' שרנסקי**, פס' 61 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 4.8.2008). לפסיקה עדכנית בהקשר זה ראו ת"א (שלום ת"א) 13429-05-21 **נתניהו נ' אולמרט**, פס' 47-51 (נבו 21.11.2022), שם הופחת הפיצוי שהוענק לח"כ בנימין נתניהו, בשל היותו נבחר ציבור בעת פרוסום הדיבה.

בעיקר בעת פיתוח של ההצעה להרחבת הזכות לפרטיות ובהצעה להמשיג את הזכות לזהות ציבורית אותנטית. אנו סבורים שבעת דיון בהצעה הקשורה בזכות הקניינית יש חשיבות מעט פחותה יותר לשיקול זה.

בפלטפורמות אחרות, לבר-משפטיות, כך על בית המשפט והמחוקק להיות קשובים יותר למושא ההתחזות, ולפסוק לטובתו סעד משמעותי יותר (מבחינה איכותית – מניעה; או כמותית – פיצוי מוגבר יותר).

השיקול השלישי, אשר עשוי להיות מחושב ביחס לשני, הוא הרווח שמפיק הנתבע מן ההתחזות. ככל שהרווח גדול יותר, כך התרופה נדרשת להיות משמעותית יותר. למשל, התחזות לשם עשיית רווח מסחרי, חמורה מהתחזות שנעשית לשם הנאה גרידא, ונסביר. כשהנתבע בוחר להתחזות לאדם אחר, ומפיק מכך רווח, הוא הופך את זהות האחר לכלי כלכלי-מכשירני. המסחור של הזהות במצב דברים שכזה פוגע באופן מהותי יותר באוטונומיה ובכבודו של מושא ההתחזות.¹⁹² יתרה מכך, אלמלא יינתן סעד מחמיר ביותר במקרים מסוג זה, עלול להיווצר תמריץ למתחזים להתחזות לאחר, שכן המתחזה, הבוחן את ההתחזות בשיקולי עלות-תועלת, עשוי להגיע להחלטה שמשתלם לו להתחזות ולפצות, שכן הרווח שיפיק מההתחזות גדול מהפיצוי שבו יתחייב. קרי, על הסעד להיות משמעותי דיו, כך שייפגע התמריץ להתחזות אקס-אנטה. וכן, אקס-פוסט, במקרים שבית המשפט יפסוק נגד המתחזה, על התרופה שתינתן למושא ההתחזות לגלם את הסחרת זהותו.¹⁹³

השיקול האחרון, הוא ההשפעה של ההתחזות על צדדים שלישיים. לפי דגן ודורפמן מדובר בשיקול שמצוי בתחתית המדרג הנורמטיבי. לשיטתם, בעת עיסוק במשפט פרטי, להבדיל מהמשפט הציבורי, עלינו להתמקד בעיקר ביחסים בין הצדדים לסכסוך. הם יתמכו בהתחשבות בצדדים שלישיים בעיקר במקומות שבהם נעשה אי צדק משווע, דוגמת פגיעה משמעותית בצדק החלוקתי.¹⁹⁴ עם זאת, לדעתנו, דווקא בהקשר של מתן סעד המצוי בהתנגשות עם חופש הביטוי, עשויה להיות לשיקול זו משמעות גדולה. באופן ספציפי, ראוי לבחון את ההשפעה של התופעה, בגינה ה"פיד" ברשתות החברתיות איננו אותנטי בחלקו, מבחינת היחס של קהילת המשתמשים ברשת לציוצים המתפרסמים בה. כמובן, לרשתות החברתיות יש משמעות חברתית רבה – הן לקיום יחסים בין אנשים, קיום "קהילה" אינטרנטית והן בפן הפוליטי.¹⁹⁵ כפי שציינו לעיל, לחופש הביטוי ברשתות החברתיות יש בעיקרו תרומה משמעותית ל"שוק הרעיונות". עם זאת, לשימוש בזהותו של אדם אחר עלול להיות אפקט מצנן על אותו "שוק רעיונות": ככל שהתופעה רחבה יותר, הקורא יהיה חשדן יותר כלפי פרסומים שיקרא ברשתות החברתיות, והוא עלול לפקפק באותנטיות שלהם. כמובן, ניתן לטעון שזו תהיה התבגרות חיונית של צרכני הרשתות החברתיות, וחשדנות מוגברת כלפי

¹⁹² ראו צילי דגן וטליה פישר "על שווים ושווים יותר: הרגולציה של האימוץ" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 93, 98-96 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים) (2016).

¹⁹³ Cashin v. Northern Pac. Ry. Co., 96 Mont. 92, 28 P.2d 862 (Mont. 1934).

¹⁹⁴ דגן ודורפמן, "תרופות סובסטנטיביות", לעיל ה"ש 180, בעמ' 544-545; דגן ודורפמן, "צדק ביחסים", לעיל ה"ש 180, בעמ' 333.

¹⁹⁵ ראו למשל Michael Walzer, *The communitarian Critique of Liberalism*, 18 POL. THEORY 6 (1990); WILL KYMLICKA LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE 164 (1989); אורג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 450-453.

פרסומים ברשת תהא מבורכת. עם זאת, ייתכן שמדובר באליה וקוץ בה. שכן בשל מיעוט הפרסומים הסאטיריים (לאו דווקא בהקשר הפוליטי), שעליהם נרצה להגן, ייפגעו רוב הפרסומים האוטנטיים, המגשימים את ההיגיון בצורתו "הטבעית". מן העבר השני, ישנם מקרי התחזות שכחברה נרצה להגן עליהם, או לפחות להתחשב בערכים הגלומים בהם: למשל התחזות סאטירית לנבחר ציבור, שבמסגרתה מועברת ביקורת על פעילותו; העברת ביקורת על עיתונאי, אשר מסקר באופן מוטא את החדשות; או ביקורת על תרבות הריאליטי. כמובן שהתערבות בחופש הביטוי באמצעות צווי מניעה או באמצעות השתת פיצוי מוגבר, עלולה לצנן גם היא את שוק הרעיונות שפורח ברשתות החברתיות.

סיכום

במאמר זה עסקנו בתופעת ההתחזות ברשתות החברתיות. תופעה זו צברה תאוצה בשנים האחרונות, והתקדמות הטכנולוגיה מבשרת על כך שהיא עתידה להתפשט אף יותר. יתרה מזאת, טכנולוגיות שנכנסו לשימוש בשוק לאחרונה, עתידות להקשות אף יותר על המשתמש הסביר להבין שמדובר במשתמשים לא אותנטיים. טענתנו היא שההתחזות לאדם אחר פוגעת בחירותו, והוא הופך לכפוף למתחזה ולמטרותיו. גם זכותו של האדם לכבוד נפגעת מתוקף ההתחזות. חרף סכנות אלה, הראה המאמר כי אין כיום מסגרת נורמטיבית שמתאימה לעסוק בסוגיה. לכן, קראנו ליצירה של כלי משפטי חדש, אשר יגן על זהות הקורבנות שחשופים להתחזות. לשם כך, הוצעו שלוש אפשרויות חלופיות, אשר כל אחת מהן מעלה על נס היבט משפטי אחר. ההצעה הראשונה היא לפתח את הזכות לפרטיות ולהתאימה למציאות הטכנולוגית המשתנה. ניתן לעשות זאת באמצעות הרחבה של תפיסת "הפרטיות כשליטה", או באמצעות הגמשת היסוד נפשי של רצון לעשיית "רווח" באמצעות ההתחזות, הנדרש לשם התגבשות העוולה בתצורתה הנוכחית. הצעה זו קראה שלא להסתפק בגידור השליטה במידע הפרטי בלבד, אלא להרחיבה כדי שליטה גם בדימוי הציבורי של אדם, בשל חשיבותו הרבה. מבחינה תיאורטית, הצעה זו חורגת מ"הזכות להיעזב במנוחה", שהיא לב ליבה של הזכות לפרטיות בתצורתה הנוכחית. היא מוסיפה לה נדבך אשר משלים את הגנת הזכות על יסודות שלה, שאינם באים לידי ביטוי כיום. ההצעה השנייה היא להכיר בזכות קניין רוחנית של הידוען על הבמה הציבורית אשר נרכשה על ידו בעמל רב, פעמים רבות במשך שנים. יישום ההצעה יאפשר הגנה קניינית על ידוענים, אך היא לא תחול על אנשים מהיישוב, שעלולים להתמודד גם הם עם התחזות, בעיקר על ידי אנשים המוכרים להם באופן אישי. מעניין לציין שמדובר בזכות חריגה בענף הקניין רוחני: בעוד רוב הענף מיועד להגנה על זכויות מסחריות, ככל הידוע לנו, זו הזכות הראשונה במסגרתו, אשר מטרתה להגן על זכויות אדם הנגזרות מכבוד האדם. ההצעה השלישית, אשר בעינינו היא העדיפה, עוסקת ביצירה של זכות חדשה, המגנה על הזהות הציבורית האוטנטית של אדם. באמצעות מספר מקרי בוחן, הראינו

שהזכות מצליחה להגן מפני מספר סוגי התחזות שונים, אשר הזכויות הקיימות אינן מגינות מפניהם. בין היתר, זכות זו תגן גם על אנשים מהיישוב, בעת שהם מתמודדים עם התחזות. ההצעה עומדת על זכותם לזהות אותנטית, אף כשזו אינה מספקת את הדימוי האידיאלי להצגה כלפי חוץ. הקושי המרכזי בהצעה זו נובע מהצורך להגדיר זכות חדשה אשר אינה שייכת לענפי הזכויות הקיימים. על כן עמדנו במאמר על שלל ההצדקות לזכות, הנגזרות מהספרות התיאורטית הקיימת, תוך השוואה לזכויות קיימות.

חלק ניכר מהיתרונות של הרשתות החברתיות נובע מהעובדה שההתערבות בתכנים המתפרסמים בהן, הן מצד מערכת המשפט המדינתית, והן מצד החברות המפעילות, מינימלית. כמובן ששלוש ההצעות מעלות חשש לפגיעה ביתרונות אלה, אשר משתרעים על גבי תחומים שונים. על כן, בשל החשש מפני אפקט מצנן, בחלקו האחרון של המאמר הצגנו מספר מבחנים, אשר יסייעו לאזן בין הזכות שתיבחר, לבין זכויות מתחרות, ובראשן חופש הביטוי. מבחנים אלה הותוו לאורה של תיאוריית "צדק ביחסים", אשר מכניסה לתוך גבולות המשפט הפרטי, את היחסים המורכבים בין הצדדים השונים.

לסיום, כפי שציינו לא אחת, אנו מודעים לשאלות הפתוחות שמאמר זה מותיר, ואנו תקווה שהוא יקדם שיח מחקרי פורה, שיתרום לפיתוח החשיבה על אודות הזכות הראויה, ועל הדרך שבה ראוי ליישם אותה מבחינה מוסדית ודוקטרינרית.